



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – DOUTORADO**

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA

**A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NO ESPAÇO
PROCEDIMENTAL-DISCURSIVO: UM ESTUDO DAS
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF**

Salvador
2015

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA

**A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NO ESPAÇO
PROCEDIMENTAL-DISCURSIVO: UM ESTUDO DAS
AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como
requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de Concentração: Direito Público

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marília Muricy.

Salvador
2015

N778 Nogueira, Cláudia Albagli.
A institucionalização da ética no espaço procedimental-
discursivo: um estudo das audiências públicas no STF
[manuscrito] / Cláudia Albagli Nogueira. – 2015.

194f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Dra. Marília Muricy.

Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2015.

1. Ética (Direito). 2. Audiência pública. I. Universidade
Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Muricy, Marília.
III. Título. IV. Título: um estudo das audiências públicas no
STF.

CDD 347.0504

CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA

**A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NO ESPAÇO
PROCEDIMENTAL-DISCURSIVO: UM ESTUDO DAS AUDIÊNCIAS
PÚBLICAS NO STF**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito Público, submetida à aprovação da seguinte Banca Examinadora:

Profa. Marília Muricy Machado Pinto (Orientadora)
Doutora em Filosofia do Direito
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito Constitucional
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Jorge Almeida Uzêda
Doutor em História
Universidade Federal da Bahia

Prof. Paulo Fábio Dantas Neto
Doutorado em Ciências Humanas - Ciência Política
Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro

Prof. Wálber Araujo Carneiro
Doutor em Direito Público
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Salvador, _____ de _____ de 2015.

Ao pequeno Luís Fernando

AGRADECIMENTOS

A reta final do doutorado e a conclusão desta tese me fizeram cumprir um caminho interessante, que foi ser mãe de primeira viagem e doutoranda ao mesmo tempo. Desse modo, a dedicação ao meu filho e à redação deste trabalho não seria possível sem vocês, pelo que fica o meu agradecimento.

A meus pais, o meu eterno obrigada pelo que me ensinam desde sempre. A Cláudio, meu pai, por me mostrar o mundo sob a lente da leveza e do bom humor. Se não fosse você, não saberia do cheiro do sargaço ou da alegria de gritar “Baêêa!”. A Renée, minha mãe, por ser força e retidão, por cada palavra de incentivo e pelos afagos a mim e a Luís Fernando. Se não fosse você, não saberia da Universidade como lugar de pluralidade de ideias e nem da importância de sempre fazermos sem nada esperar em troca. A Cyro, meu amor, por ser paciência e disposição nesta e em outras aventuras. Se não fosse você, não conheceria a felicidade de ser mãe de Luís Fernando e nem a beleza da madrugada ao som dos Beatles. A Dona Neco, minha querida sogra, por ser carinho e apoio nesta caminhada. Se não fosse você, Luís Fernando saberia menos o que é o braço que acolhe.

A Janine, minha amiga-irmã, pelo apoio fundamental na correção desta tese e por ser companhia e filosofia. Se não fosse você, não saberia da alegria das cervejas de Rimbaud a Foucault. A Maurício, querido primo, igualmente pelo apoio na leitura e correção desta tese. Aos amigos Escafandristas (Carla, Paulinho, Régis, Júlia, Tatá, Igor, Rick, Nine, Eleo, Giully e Dani), por serem compartilhamento e alegria. Se não fossem vocês, não conheceria que, com amigos reunidos, o pouco é muito e que sorrir da vida e para a vida é o melhor remédio.

Aos colegas do doutorado (Ana Thereza, Vanessa, Urbano, Paula e Waldir), por serem força e sabedoria. Se não fossem vocês, atravessar as leituras e fichamentos tornar-se-ia tarefa ainda mais árdua. Chegamos ao fim, ou não! Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, em especial nas pessoas de Luiza e do saudoso Jovino. Luiza, por ser paciência e disposição. Se não fosse você, não saberia que o doutorado acaba. Jovino, por ter sido disponibilidade e servidão. Você se foi, mas deixa conosco um exemplo de dedicação à Universidade Federal da Bahia. Saudades!

À Faculdade Baiana de Direito, nas pessoas de Fredie, Carol, Fernando, Iônia e Susã, por serem acolhimento e incentivo. Se não fossem vocês, não saberia que o local de trabalho é também fonte de amizade e apoio.

Por fim, a professora Marília Muricy, minha querida orientadora, por ser aprendizado e inspiração. Se não fosse a Senhora, não saberia da possibilidade de aprender Kant com Camões, nem de como o direito pode ser instrumento de transformação social. De minha parte sou sua eterna orientanda.

¿Es quimera pensar en una sociedad que reconcilie al poema y al acto, que sea palabra viva y palabra vivida, creación de la comunidad y comunidad creadora?

Octavio Paz

*Vai prosseguir
Vai dar pra lá do céu azul
Onde eu não sei
Lá onde a lei seja o amor
Usufruir do bem, do bom e do melhor
Seja comum
Pra qualquer um
Seja quem for*

Dominginhos/Gilberto Gil

RESUMO

O presente trabalho afirma a institucionalização da ética como resultado da incorporação dos argumentos morais através do espaço procedimental-discursivo ofertado pelas audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi utilizado como base a concepção de democracia em Habermas, a compreensão do direito como mecanismo para supressão da debilidade da moral pela sua capacidade de impor-se de maneira geral e a relação de complementaridade destes com a política. Realizou-se investigação quanto à cultura democrática brasileira, as transformações recentes a partir da virada paradigmática da Constituição Federal de 1988 e o modo como o Poder Judiciário se estabelece nesse quadro, afirmando a sua condição fundamental para o Estado democrático de direito, assim como a função política que assume o Supremo Tribunal Federal. Para a incorporação do argumento moral e institucionalização da ética, foram definidas diretrizes necessárias a servirem de baliza à construção sentencial, sendo elas: o discurso como liberdade comunicativa, a pretensão de correção do direito, o consenso como teleologia da decisão e o procedimento como condição necessária. Realizou-se análise de duas decisões do Supremo Tribunal Federal resultantes de processos em que foram realizadas audiências públicas, concluindo-se positivas em relação ao aproveitamento dos argumentos morais formulados no bojo desses procedimentos, de maneira direta ou indireta. Ao final, extraiu-se que a abertura democrática propiciada pela chamada da sociedade à colaboração na formação da convicção do julgador possibilita abertura cognitiva para a consideração de argumentos morais, que quando definitivamente incorporados à sentença ganham institucionalidade, tornando-se gerais e coercitivos.

Palavras-chave: Ética. Direito. Moral. Democracia. Audiência Pública.

ABSTRACT

This study affirms the institutionalization of ethics as a result of incorporation of moral arguments through the procedural-discursive space offered for public hearings in the Supreme Court. Thus, it was used as a basis the conception of democracy in Habermas, understanding the law as a mechanism for suppression of weak moral for its ability to impose itself in general and the complementarity of their relationship with politics. The research was conducted on the Brazilian democratic culture, through the recent changes from the paradigmatic turn of the Federal Constitution of 1988 and how the judiciary is established in that framework, asserting its fundamental condition for the democratic rule of law, as well as political function that takes the Supreme Court. To incorporate the moral argument and institutionalization of ethics were defined guidelines needed the goal to serve sentence construction, namely: the speech as communicative freedom, the right correction claim, the consensus as teleology of the decision and the procedure as a condition required. We conducted analysis of two decisions of the Supreme Court resulting from processes in which public hearings were held, concluding positive about the use of moral arguments formulated in the wake of these procedures, directly or indirectly. Finally, it extracted the democratic opening allowed by the call of society to collaborate in the formation of the judge's conviction enables cognitive openness to consideration of moral arguments, which when incorporated into the sentence definitely earn institutions, becoming general and coercive.

Keywords: Ethics. Law. Moral. Democracy. Public Hearing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA EM HABERMAS	19
1.1 DIREITO, MORAL E POLÍTICA	23
1.2 VALORIZAÇÃO DO ESPAÇO DO DISCURSO	27
1.3 O PROCEDIMENTO COMO MECANISMO DE RACIONALIZAÇÃO.....	29
2 DIREITO E POLÍTICA	33
2.1 DEMOCRACIA E CULTURA DEMOCRÁTICA NO BRASIL	33
2.2 A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA E A SUA RELAÇÃO COM O ESPAÇO JURÍDICO-PROCEDIMENTAL	37
2.3 DA INDISPENSABILIDADE DA ATUAÇÃO JUDICIAL PARA A EXISTÊNCIA E PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	43
2.4 DA COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE POLÍTICO.....	46
3 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO STF	55
3.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: CABIMENTO E LIMITES LEGAIS	55
3.2 OBSERVAÇÕES CRÍTICAS ÀS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	63
4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO ESPAÇO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA	68
4.1 DA INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA CONTEMPORANEIDADE.....	68
4.2 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA	80
4.2.1 Da definição de institucionalização	81
4.2.2 Institucionalização da ética: diretrizes	84
4.2.2.1 <i>Do discurso como espaço de liberdade comunicativa</i>	84
4.2.2.2 <i>Da pretensão de correção do direito</i>	87
4.2.2.3 <i>Do consenso como teleologia da decisão</i>	93
4.2.2.4 <i>Do espaço procedimental como condição necessária</i>	97
4.3 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA: DEFININDO UM CONCEITO	102

5 ANÁLISE DA ADI 3510/DF E DA ADPF 54/DF: ESTUDO APLICADO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA	109
5.1 A ADI 3510/DF	110
5.2 A ADPF 54/DF	116
CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
REFERÊNCIAS.....	127
ANEXOS	134

INTRODUÇÃO

O direito não se distingue dos outros campos de conhecimento enquanto ciclo do pensamento. Assim como nas demais ciências, vão se sucedendo etapas de construção do pensamento jurídico sustentadas em afirmativas, por sua vez negadas por outras correntes, de modo que ao longo do tempo somos capazes de perceber afirmações e caracteres que podem ser identificados com essa ou aquela escola do pensamento.

Também não se distancia o direito do ciclo cumprido pelas ciências humanas como um todo. Fundou-se primeiramente em bases metafísicas e foi fortemente influenciado pelos mitos, depois pela Igreja e, posteriormente, abraçou as concepções racionalistas, superlativando este paradigma quando do positivismo jurídico. Por fim, reconhecendo a insuficiência do referido modelo, já com o pensamento pós-moderno, fragmentou-se em novas e várias tentativas de resposta às deficiências do sistema jurídico, caminho este ainda em curso.

Podemos e devemos pensar o direito como realidade parte de um universo macro, e não como sistema apartado ou estrutura a subjugar relações estabelecidas. Não há de se negar a autonomia do direito; o que se quer exatamente é pensá-lo como modelo em diálogo com as diversas realidades que o circundam e que com elas guardam relação intrínseca e inexcedível.

Para a formulação do problema e discussão das hipóteses aventadas nesta tese, necessário se faz colocar os pressupostos alinhados à perspectiva contemporânea de um direito discursivo. Não se está a abordar algo hermeticamente fechado, com discurso supostamente autossuficiente. Falamos de um direito aberto aos diversos argumentos, principalmente pragmáticos, éticos e morais. A correção do direito, item a ser discorrido mais adiante, decorre da existência de condições comunicativas de argumentação tendentes a assegurar a imparcialidade do juízo, a racionalidade da decisão e, portanto, a sua legitimidade.

Para o desenvolvimento desses pressupostos, dois principais pontos desde já balizam a redação desta tese: a relação direito x política, destacando questões como a cultura democrática no Brasil, a percepção do Judiciário enquanto poder, a sua consolidação como instituição democrática e os desdobramentos e reflexões necessários para o que se acredita ser o avanço dessa visão; e a relação direito x moral, que perpassa todo o desenvolvimento do pensamento jurídico e é o ponto de inflexão entre o positivismo jurídico e as concepções mais atuais do direito, que negam veementemente separação entre direito e moral¹. No caso do presente trabalho, é esta discussão que serve de norte: a institucionalização da ética² pela via procedimental, no intuito da compreensão da relação entre direito e moral na contemporaneidade.

De imediato, cumpre situar a tese como um debate que não pretende negar por completo as bases da construção positivista que sustentou e ainda sustenta o direito. Importantes fundamentos dessa escola permanecem imprescindíveis, como o regramento de conduta, a imperatividade da norma, a hierarquia e distribuição funcional como modo de organização necessário ao direito. São elementos ainda determinantes para o funcionamento do direito. Pretende-se, portanto, trazendo à baila as relações direito x política e direito x moral, discutir e levantar questões que levam a um novo tempo, onde o direito se abre e trabalha uma relação dialógica com outras esferas de pensamento, permitindo incorporar novas práticas e discussões, sem, contudo, perder de vista a questão da efetividade na prestação jurisdicional.

¹ O termo mais propagado para esta visão atual do direito é “pós-positivismo”. Dimitri Dimoulis, em crítica ao termo, diz que a referida expressão é praticamente desconhecida fora do Brasil, sendo usado esporadicamente em países de língua alemã. Ele ressalta que o erro do termo está em asseverar o fator cronológico, sem expressar um novo ideário. E, mais ainda, mesmo cronologicamente não se pode dizer que, como simples crítica ao positivismo, seja novidade, pois se faz críticas ao positivismo desde o final do século XIX. DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006, p. 48-63.

² Ao longo do presente trabalho, as palavras moral e ética podem expressar sentidos semelhantes, como, aliás, têm em sua origem: já que ambas se referem ao conjunto de costumes tradicionais de uma sociedade. No uso do termo “institucionalização da ética”, contudo, pretendemos abordar a ética como aspecto reflexivo da moral, no caso específico, como resultado do procedimento judicial que tem na audiência pública a sua especificidade. Diz-se aspecto reflexivo porque não tratamos do nível prático-comportamental (moral), mas sim da ética enquanto campo tendente a refletir e pensar uma moral apta a ser racionalizada e, portanto, conhecida e usufruída pela coletividade.

A tese está voltada à discussão do direito na contemporaneidade, às contribuições que podem ser dadas para a consolidação do Estado democrático e a aproximação do Poder Judiciário em relação à sociedade. Compreende-se que esta aproximação se dá pela via procedimental, porque nela está a abertura para a participação da sociedade e colaboração desta na prestação jurisdicional.

A realidade que se nos apresenta é de reconhecimento da relação entre direito e moral, fato comprovado pela própria posição do Judiciário, que autoriza as audiências públicas na tentativa de não ser arbitrário em sua decisão e ouvir a sociedade no que esta tem a colaborar, possibilitando assim debater a eficácia da posituação da ética, como se faz nas páginas seguintes.

A Teoria do Direito, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para a formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito. Portanto, quando abordamos a inter-relação direito e política, é pelo entendimento de que o direito não pode negar espaço à política, porque o é na sua origem uma decisão desse matiz.

Ademais, compreender a política no âmbito do direito não pode ser entendido como uma descaracterização do universo jurídico, já que o sentido da política, adotando o entendimento de Hannah Arendt³, é a liberdade de agir do homem, a sua possibilidade de realizar o improvável, devendo o direito colocar-se à disposição para a realização dessa liberdade, sem resvalar para a arbitrariedade.

É esse um primeiro pressuposto da tese indispensável à compreensão do nosso entendimento sobre democratização do Judiciário e, principalmente, sobre como a abertura democrática desse Poder nos permite afirmar a institucionalização da ética⁴.

³ ARENDT, Hannah. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p.117.

⁴ Cabe esclarecer que existem no ordenamento brasileiro outras tentativas de institucionalização da ética, a exemplo do Decreto de 26 de maio de 1999, que criou a Comissão de Ética Pública vinculada à Presidência da República, com competência para revisão das normas que dispõem sobre conduta ética na administração pública federal. Não obstante a referida Comissão esteja em funcionamento e lhe seja reconhecida capacidade para julgamento quanto a condutas éticas no âmbito da administração pública federal, ainda há dúvida quanto à natureza das normas ali contidas e a sua capacidade de

Para abordar a democratização do Judiciário na perspectiva aqui escolhida, é determinante o recurso à teoria habermasiana pelo viés de análise escolhido. Isto porque Habermas entende que a democracia depende, para sua reprodução, não somente dos processos ocorridos no sistema político *stricto sensu* (ou “pequena política”), como também dos processos de formação e renovação de uma cultura política democrática, alicerçada na dimensão comunicativa dos sujeitos participantes.

Assim, na concepção de Habermas o estudo da democracia contemporânea obriga-se à consideração da complexidade social, das diferenciações daí surgidas e da necessidade de formação de associações e reprodução da solidariedade social. É uma percepção da democracia conectada necessariamente às redes de comunicação existentes na esfera pública e que, na visão do autor, estabelecem a direção do processo de produção de poder nas sociedades democráticas.

No conceito habermasiano de democracia, também importa o entendimento de seu entrelaçamento com a ética, compreendendo esta última dimensão como resultado das regras utilizadas pelos participantes na prática da democracia.

A relação direito/moral, por sua vez, aparece como fio condutor deste escrito, pois nela reside a questão principal da nossa tese. Para construir o debate, será necessário, ainda que rapidamente, fazer um retorno a como a temática fora tratada em outros momentos do pensamento jurídico, especialmente quando pretendia o positivismo jurídico assegurar que direito e moral são coisas diversas.

É bom lembrar que a questão direito x moral só se pôs quando a modernidade se preocupou com a questão da ciência e em racionalizar o direito. A prática do direito, contudo, sempre prescindiu disso e na contemporaneidade se mostra ainda de maneira mais evidente ao colocar o direito e a moral numa perspectiva de aproximação.

impor-se mediante coerção. O Decreto é lacunoso no que se refere aos mecanismos para imposição de exigências éticas, deixando à mercê das situações concretas a possibilidade ou não de mostrar-se efetivo.

Falar em institucionalização da ética é afirmar a possibilidade de que esteja a moral refletida no direito de maneira permanente, quer porque o Judiciário acolhe e converte em fundamento os argumentos morais formulados no bojo de ação judicial, quer porque o Poder Público dá forma através de códigos de conduta ética. A institucionalização autoriza falar num diálogo perene e, embora não seja garantia de que a relação direito/moral tornar-se-á definitiva, é extremamente importante pensarmos em se e como se institucionaliza.

Utiliza-se a expressão institucionalização da ética tomando esta última como uma orientação normativa para os desígnios ou pleitos por uma justiça universalmente válida. Nesse sentido, institucionalizar a ética é converter argumentos morais em orientações normativas para os sujeitos alcançados pela decisão judicial.

Sustenta-se a hipótese de que o uso de argumentos morais leva à institucionalização da ética, considerando que esses são formulados em condições ideais de liberdade e participação equitativa de sujeitos, que são eles assimilados e incorporados à sentença, resultando em instituição pela possibilidade de oficialidade, racionalidade, permanência e obrigatoriedade da decisão.

Recorre-se a uma instância ideal, e não real, como o resultado daquilo a que chegaria um ser racional, ou o conjunto de todos os seres racionais. Nestas condições, o resultado seria a institucionalização. O ponto de vista sustentado considera requisitos ou diretrizes a serem apontados, que podem ou não se efetivar quando confrontados com a realidade prática.

Esse exercício é necessário e já utilizado, como no juiz Hércules de Dworkin, no auditório universal de Perelman ou, ainda, na comunidade ideal de diálogo de Habermas. É um instrumento teórico para analisarmos e tratarmos as hipóteses sugeridas.

Portanto, aqui se encontram as duas colunas vertebrais da tese (direito x política, direito x moral), porque afirmamos que é possível pensar e sustentar a institucionalização da moral desde quando a abertura democrática do Judiciário deu

espaço à consideração de argumentos morais, como ocorre nas audiências públicas, instrumento processual que desdobraremos nos capítulos seguintes.

A escolha da audiência pública como fonte de estudo decorre do entendimento de que é ela sintoma da existência de uma cultura democrática a consolidar-se no nosso sistema jurídico, pautada na criação de espaços de participação social, sendo bastante simbólico isso acontecer no Poder Judiciário, já que historicamente se notabiliza pelo encastelamento dos seus membros.

A convocação da audiência pública decorre do reconhecimento do próprio Judiciário de que algumas questões jurídicas não podem ser resolvidas sem uma consulta moral à sociedade. São temáticas que ultrapassam a lógica subsuntiva de simples aplicação da norma e exigem, para a sua possível solução, a ampliação da escuta da sociedade, tendo nitidamente caráter valorativo, ou seja, conhecer de qual maneira vê a sociedade aquele tema, quais valores são nutridos e devem ser abraçados para uma decisão legitimada.

A audiência pública é o reconhecimento de que as questões de valor são muito suscetíveis às indefinições, aos paradoxos⁵. Quer-se, pois, criar um mínimo de objetividade num terreno que tem pouco ou quase nada de objetivo. Para tanto, faz-se uma pesquisa através da permissão ampla da elaboração de argumentos, inclusive morais, para alimentar uma decisão jurídica, morando aí a institucionalização.

É o que tecnicamente chama-se zona de aproximação entre o direito e a moral, posto que, para se estabelecer enquanto decisão, o direito depende de e recorre a elementos morais, neste caso, indispensáveis à sua legitimação. O direito, ao admitir a audiência pública como parte do processo de formação da convicção do julgador,

⁵ Na história recente do país, episódios públicos demonstraram como podem ser paradoxais as decisões fundadas em questões de fundo ético. A Comissão de Ética da Presidência da República, em novembro de 2011, decidiu pelo afastamento do então ministro Carlos Lupi, o que foi acatado pela Presidência, tendo ele deixado o Governo em dezembro do mesmo ano. Logo no início de 2012, o Ministro Fernando Pimentel foi investigado em razão de contratos de consultoria que firmou. Igualmente, a Comissão de Ética da Presidência indicou o afastamento do Ministro por fundamentos semelhantes ao caso Lupi, não tendo dessa vez sido acatado pela Presidência da República. Portanto, isso mostra empiricamente o quanto situações que envolvem julgamentos valorativos estão suscetíveis a avaliações diversas.

dá prova de que, para não ser arbitrário, deve ouvir a sociedade, inclusive, admitindo e assimilando os seus argumentos morais e informações técnicas trazidas por especialistas habilitados. Em um ou outro caso, há sempre, em última instância, questões valorativas ou existenciais envolvidas. Quanto mais se tem um Poder Judiciário aberto à sociedade e ampliado nos seus instrumentos participativos, maior será a possibilidade de que a moral se faça parte nas suas decisões e, desse modo, institucionalize-se.

A forma como será abordada a relação direito/moral não é dogmatista, como o foi no jusnaturalismo. Ao contrário, o que caracteriza o tempo atual do direito é a possibilidade de recorrer a argumentos morais e de fazê-lo com fundamento racional, de maneira objetiva e com razões concludentes. Atienza⁶ afirma que o discurso moral pode sim ser objetivo e, em relação a ele, cabe argumentação racional, podendo ser fundado ou infundado.

Assim, propõe-se que a moral adentra o universo do direito pela via procedimental e pela oportunidade da formulação de argumentos morais que, racionalmente elaborados, servem à fundamentação das decisões judiciais. É, pois, um debate que não tem caráter meramente teórico; vale-se da dimensão prática, recorrendo para tanto às audiências públicas previstas pelas Leis 9868/99⁷ e 9882/99⁸ e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁹. Com exemplos práticos existentes no direito brasileiro é que se afirma a intrínseca relação direito/moral e como é possível sustentar a institucionalização da ética pelo direito ou no direito.

⁶ ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el derecho*. Madri: Pasos Perdidos, 2013, p.81.

⁷ BRASIL. *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

⁸ BRASIL. *Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno*: [atualizado até janeiro de 2015] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

Voltamos, então, para onde começamos. Todo esse movimento que será objeto da tese e que conecta temáticas como direito/política e direito/moral tem como baliza um plano macro, que são as transformações da sociedade, a mudança dos paradigmas e de que modo isso vem se refletindo no universo jurídico.

O desenvolvimento desta tese está dividido em cinco capítulos. No capítulo 1, considerando a base teórica da tese, faz-se uma breve digressão no pensamento habermasiano, procurando expor os conceitos fundamentais para a leitura da tese, sobretudo o de democracia, e pontuar em que itens o referido autor se mostra essencial para o trabalho. Trata-se de sintética iniciação à Habermas para possibilitar ao leitor melhor compreensão dos pontos discorridos em subsequência.

No capítulo 2 é feita análise da primeira perspectiva do trabalho, que é a relação entre direito e política. Para tanto, o leitor é levado a uma digressão nas particularidades da realidade brasileira, fundamentais para entender os contornos específicos do nosso sistema jurídico e os possíveis efeitos ao se falar em institucionalização da ética. Isto porque, embora a Teoria do Direito seja uma só, a sua construção e aplicação prática ganha traços bastante peculiares, que resultam da realidade brasileira e do modo como as nossas bases democráticas estão hoje construídas.

Ainda nesse capítulo, igualmente, pretende-se apresentar em que medida aquilo que a Teoria do Direito reflete na contemporaneidade se aplica à realidade do Judiciário brasileiro e como isso assegura sustentar a posição da relação entre direito e moral e institucionalização da ética no procedimento judicial, mais especificamente as audiências públicas do Supremo Tribunal Federal (STF). Na sequência e de modo mais específico, a relação entre atuação do Judiciário brasileiro e preservação do Estado democrático constitucional, bem como a compreensão do STF como agente político.

No capítulo 3 é proposto um estudo das audiências públicas cabíveis no curso das ações de controle concentrado, dividindo em dois momentos: análise da legislação e observações críticas ao instituto.

O capítulo 4 debruça-se sobre o segundo eixo do trabalho que é a relação entre direito e moral. Inicialmente propõe-se uma compreensão das razões para se afirmar a relação intrínseca entre direito e moral. Na sequência, temos o item que acreditamos ser o mais importante do trabalho, no qual se discute especificamente a institucionalização da ética. Está também subdividido: uma tentativa de definição do termo “institucionalização”, a definição e análise das diretrizes para a institucionalização da ética (discurso como liberdade comunicativa, pretensão de correção, consenso como teleologia da decisão e o procedimento como condição necessária). Depois, o estudo da própria institucionalização da ética.

Por fim, o capítulo 5, onde se propõe análise de duas decisões do STF que decorreram do processo onde houve consulta à sociedade através de audiência pública. Trata-se de investigação empírica e uma visualização prática das hipóteses levantadas ao longo do texto. Essa análise é feita através do voto dos relatores, procurando identificar e avaliar de que modo e se os argumentos morais são incorporados e institucionalizados.

1 DA CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA EM HABERMAS

Para a redação deste trabalho, a concepção de democracia em Habermas foi escolhida como referencial para o que se pretende sustentar: a possibilidade de institucionalização da ética no espaço procedimental como decorrência da abertura argumentativa ofertada à sociedade nas audiências públicas.

Não obstante existam divergências em relação a alguns pontos da teoria habermasiana, assim como o reconhecimento da idealidade da sua concepção de democracia, Habermas se torna nuclear para esta tese basicamente por três razões: a compreensão da relação entre direito, moral e política como universos imbricados; a valorização do espaço do discurso para a concepção de democracia; e o destaque dado ao aspecto procedimental para o desenvolvimento da democracia.

Cada um desses elementos será desenvolvido nas linhas seguintes para o entendimento de como aparecem no pensamento do autor e como eles estão conectados ao nosso trabalho. Antes, porém, queremos trazer à baila dois conceitos fundamentais para o entendimento do pensamento habermasiano: os conceitos de mundo da vida e esfera pública. Tanto um quanto outro são determinantes para a compreensão do que o filósofo entende por democracia e de o porquê se faz a opção por sua concepção neste trabalho.

O conceito de mundo da vida está ligado às práticas cotidianas e é definido pelo autor como “espaço que forma o horizonte para a situação de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte das interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas”¹⁰. É o espaço onde se dá ação comunicativa, onde se desenvolvem os discursos e que serve como referência para a compreensão do conceito de democracia do autor.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, vol. I, p. 41.

Para a construção do conceito, Habermas recorre ao que ele denomina caráter pré-predicativo ou pré-categorial, que são representados racionalmente como uma reserva de padrões de interpretação, organizados linguisticamente e transmitidos culturalmente¹¹. Assim, o mundo da vida é algo no qual o sujeito se insere, dele não podendo se desvencilhar. É uma realidade a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente, é uma forma de saber e de poder. É o que circunda o indivíduo, que se sucede na sua presença e de onde ele vai extrair as fontes para interpretação e interação discursiva.

O mundo da vida é o lugar originário de formação dos sentidos, com que os homens articulam suas existências e estabelecem, com o outro, formas de entendimento. Compõe-se da experiência comum a todos os atores, da língua e da cultura partilhada. Representa a vida cotidiana em que está refletido o óbvio, o que não se questiona, mas que pode vir a ser questionado pelos sujeitos, valendo-se da razão comunicativa¹². Para que a razão comunicativa se estabeleça efetivamente, é necessário ainda que os sujeitos se encontrem livres de coação e que a liberdade prevaleça.

Em prevalecendo a razão comunicativa, o mundo da vida é o pano de fundo do agir comunicativo. Habermas deixa nítida a relevância do aspecto intersubjetivo do mundo da vida, sendo que este não se refere ao universo particular do indivíduo, mas sim às interações comunicativas que o indivíduo estabelece na sua vivência. É essa dimensão que serve de referência a Habermas para pensar a questão do discurso e de como se processa no agir intercalado com o de outros sujeitos, ou o agir comunicativo¹³. Nesta intersubjetividade, Habermas também sublinha o consenso

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, vol. II, p. 219.

¹² “A razão comunicativa proposta por Habermas é essencialmente dialógica, substituindo o conceito monológico da razão pura de Kant. Ela não mais se assenta no sujeito epistêmico, mas pressupõe o grupo numa situação dialógica ideal. A verdade produzida nesse novo contexto é processual e depende dos membros integrantes do grupo. Nesta nova concepção da razão comunicativa, a linguagem torna-se elemento constitutivo.” FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 101.

¹³ O agir comunicativo é definido por Habermas como “interação de ao menos dois sujeitos capazes de linguagem e ação, que estabelecem uma relação interpessoal”. Há uma busca de entendimento sobre a situação para coordenar os planos de ação. O conceito fundamental é o de consenso. HABERMAS, op.cit., p. 166.

como um fim. Os discursos não são aleatórios, mas voltados a um entendimento comum.

O sistema é que irá complementar o mundo da vida e ambos compõem a sociedade. O sistema representa o olhar externo à sociedade, o não participante; e compõe ainda as estruturas societárias que asseguram a reprodução material e institucional da sociedade: economia e mercado¹⁴. No sistema, a linguagem não é o instrumento principal e, ao invés da razão comunicativa, prevalece a razão instrumental.

A cultura, a sociedade e a personalidade são componentes estruturais do mundo da vida¹⁵. A cultura é posta como estoque ou reserva do saber onde se extrai elementos para interpretação das coisas do mundo. A sociedade diz respeito às ordens que definem o elemento de pertença e que geram solidariedade entre os indivíduos. E a personalidade é o conjunto dos elementos que tornam o sujeito capaz de fala e de ação e que produzem a sua identidade. Esses três elementos estão inter-relacionados e sustentam o chamado mundo da vida, encontrando nele, ao mesmo tempo, uma fonte de renovação.

As instituições também são parte do mundo da vida e se manifestam como um complexo de tradições entrelaçadas (cultura), de ordens legítimas (sociedade) e de identidades pessoais (personalidade), tudo reproduzido pelo agir comunicativo. O direito ingressa nesta senda através da regulação de comportamentos por instituições (leia-se, regras), permitindo a integração social e garantindo a ordem. Habermas vê nele a forma de tentar a produção de comportamentos esperados através da facticidade da imposição do direito pelo Estado.

Há, pois, uma evolução no conceito do autor, onde o direito passa de colonizador do mundo da vida à posição de instrumento indispensável à manutenção da ordem e realização da integração social nas sociedades modernas, pluralizadas e

¹⁴ FREITAG, 2005, p.165.

¹⁵ HABERMAS, 2012, p. 252-253.

dessacralizadas. Em Habermas, na obra “Direito e Democracia”¹⁶, é este o papel do direito democraticamente instituído.

O segundo conceito fundamental é o conceito de esfera pública. A partir da crítica à teoria luhmaniana e à teoria neocorporativista, afirma Habermas a necessidade de se valorizar o poder comunicativo público dos cidadãos. As teorias que ignoram esse aspecto seriam equivocadas em sua origem¹⁷.

A esfera pública é definida como fenômeno social elementar, uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões¹⁸. É um espaço social gerado no agir comunicativo orientado pelo entendimento. Para preencher sua função, a esfera pública tem que se formar a partir de contextos comunicacionais de pessoas virtualmente atingidas, as quais, por essa razão, põem seus argumentos¹⁹.

Na esfera pública se encontram dois processos contrários, mas que se interpenetram: a geração comunicativa do poder legítimo e a aquisição político-sistêmica da legitimidade, tornando o poder administrativo reflexivo²⁰.

O sistema político estruturado no Estado de direito deve encontrar uma abertura para o mundo da vida, uma linguagem comum situada logo abaixo dos códigos especializados para garantir a comunicação com a sociedade civil. Faz, assim, uma crítica aos sistemas especializados fechados, que para ele carecem de legitimidade porque se afastam da sociedade. Para Habermas, esferas pública e privada se complementam.

Os conceitos de mundo da vida e esfera pública é que irão subsidiar as bases para a concepção de democracia em Habermas, incluindo necessariamente o aspecto do

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, vol. II.

¹⁷ Ibidem, p.73.

¹⁸ Ibidem, p. 92

¹⁹ Ibidem, p. 97.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. Popular sovereignty as a procedure. In: BOHMAN, James; REHG, William. (Ed.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997, p.56.

cotidiano, no intuito de adequar-se à complexidade e à questão do discurso como mecanismo de expressão do sujeito político.

Esclarecidos os aspectos conceituais, retomemos os fundamentos que são determinantes para a opção pelo conceito de democracia em Habermas e para o seu uso ao longo do trabalho: 1) a compreensão da relação entre direito, moral e política; 2) a valorização do espaço do discurso; e 3) o procedimento como mecanismo de racionalização à disposição da democracia.

1.1 DIREITO, MORAL E POLÍTICA

O direito, a moral e a política não são vistos no pensamento habermasiano como mundos separados. Ao contrário disso, são entendidos como esferas que se complementam.

Reconhecendo a pluralidade do mundo atual e, por consequência, do mundo da vida, Habermas compreende o direito como sendo mecanismo a coagir os sujeitos a convergirem em suas ações. São delimitações factuais que fazem com que os sujeitos adaptem objetivamente o seu comportamento. O direito é sistema de saber e ação. As instituições jurídicas distinguem das ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalização, pois na primeira se cristaliza um sistema de saber sólido, configurado dogmaticamente e conectado a uma moral dirigida por princípios²¹.

O direito, contudo, é visto ainda numa esfera de relação direta e permanente com a moral e a política. A relação de complementaridade entre moral e direito é sustentada ao se mostrar que, em uma sociedade complexa, depende a moral do direito para impor-se e alcançar aos indivíduos que interessa. Habermas faz essa conclusão a partir da análise de aspectos vários (motivacional, organizatório, obrigações ou deveres positivos), revelando como a institucionalização do direito é determinante

²¹ HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 150.

para permitir a irradiação da moral através de suas normas e correspondente aplicação²².

Esse autor trabalha sempre se referindo, nas suas palavras, a uma moral pós-convencional, onde sai dos limites históricos de diferenciação entre o domínio público e privado, assumindo sentido universalista e valendo para a prática pública comum a todos. Para ele, é através do código do direito que a moral obtém efetividade nas sociedades complexas, daí falar-se em relação de complementaridade ²³.

A debilidade da moral, ou seja, a ineficácia imediata da moral dependente da institucionalização de um sistema jurídico, é o que a complementa do ponto de vista da eficácia para a ação. O direito retiraria do sujeito a responsabilidade de formar o juízo moral próprio, tornando-se forma de ação, seja através das leis, das decisões judiciais ou até mesmo da dogmática jurídica que sistematiza, classifica e conceitua.

O direito funciona em relação à moral como mecanismo a suprir aquilo que a torna débil, que é a sua incapacidade de se impor e universalizar.

Fala-se de um princípio do discurso que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio assume, pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia²⁴, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização.

O princípio da democracia seria destinado a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito, de só obterem validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros num processo de normatização discursiva. O princípio da democracia, então, refere-se à institucionalização externa e eficaz da participação simétrica num processo discursivo de formação da opinião e da vontade garantidas pelo direito²⁵. O princípio moral, por

²² HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 150-154.

²³ Ibidem, p.145.

²⁴ Segundo Habermas, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas garantidas pelo direito. Ibidem, p. 151.

²⁵ HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 146.

sua vez, opera no nível da constituição interna como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais, como se pretende afirmar nos capítulos subsequentes.

A interligação existente entre o princípio do discurso e a forma jurídica é o que perfaz o princípio da democracia. É, de acordo com as palavras de Habermas, gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. O princípio do discurso permite o exercício das liberdades subjetivas, constitutivo para as formas jurídicas, da qual também depende a democracia enquanto produção de direito legítimo, por conseguinte, formando-se um processo circular, já que o princípio da democracia reiniciará o curso com a igualdade e a liberdade para o exercício do discurso e assim sucessivamente.

Portanto, o princípio do discurso assume a figura de um princípio da democracia quando interligado com o médium do direito, garantindo legitimidade a este último.

Não é, pois, a mera forma de direito que legitima, mas sim o direito legitimamente estatuído, ou seja, aquele que resulta do percurso discursivo em que formada a opinião dos indivíduos membros do direito²⁶. Desse entendimento está a necessária relação entre direito e política, pela compreensão do elemento comum entre ambos, que é uma decisão de poder. O direito resulta de um processo político que o legitima e que ao mesmo tempo dá legitimidade às decisões políticas outras.

Nessa relação de reciprocidade um serve ao outro. O direito empresta forma ao poder político, implementando a possibilidade do uso da autoridade. Já o poder político, à medida que reforça as decisões judiciais, serve para a institucionalização política do direito.

Habermas ressalta que não se deve cair no equívoco de tratar a moral como algo que tem a ver apenas com relações sociais que recaem sob a responsabilidade pessoal, enquanto direito e política se encontram no âmbito das interações mediadas

²⁶ Ibidem, p. 172.

institucionalmente. Para ele, numa perspectiva discursiva, a moral é tomada no sentido universalista da validade, pois se exige que a aceitação ideal de papéis seja transportada para uma prática pública, realizada em comum por todos.

O direito estaria entre a moral e a política. A afinidade do direito com a política está em que, sendo “direito político” (decisão de poder), deve ser distinto da moral. E, em relação à moral, sua afinidade está em não poder ser submetido à política. Dessa maneira, reafirma-se a posição de mediação do direito entre a moral e a política²⁷.

Para Habermas²⁸, a legitimação moral das normas como normas obrigatórias resulta do princípio da formação argumentativa do consenso entre parceiros na igualdade de direitos e responsabilidade, elemento este determinante para a fundamentação procedimental das normas jurídico-formais. Este elemento não elimina, contudo, o aspecto coercitivo do direito ou o poder de sanção do Estado. Não é só o reconhecimento espontâneo que dá ao direito o poder de organização social. É, também, a coerção que está vinculada ao poder de sanção do Estado.

Já no desdobramento do seu pensamento²⁹, Habermas refere algumas questões enfrentadas na contemporaneidade na relação de complementaridade entre direito e moral na via discursiva. Fala da questão da acessibilidade aos discursos naquelas situações em que, necessitando com urgência de uma conciliação pacífica, as circunstâncias desfavoráveis, a ausência de motivação ou capacidades impedem uma participação em discursos práticos. Quanto mais complexa a sociedade, mais frequente são as matérias incomuns ou situações obscuras que exigem nova regulamentação ou suscitam difíceis problemas de aplicação e, por decorrência, de discurso.

²⁷ APEL, Karl-Otto. A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política serem justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004a, p. 110.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986, p. 61.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 55.

Outro problema apontado pelo autor é saber o que se pode esperar quanto à satisfação de exigências morais. Diz respeito a saber se as tradições culturais, os processos de socialização e os costumes garantem as motivações necessárias ao cumprimento das normas. Isto é, se há correspondência entre norma e práxis; caso contrário, não se cumpre uma das condições pelas quais elas foram justificadas como moralmente obrigatórias. Quando ocorrida essa incongruência, a validade da norma não é afetada, mas há então razão que desculpa a não-observância.

Não obstante essas dificuldades enfrentadas na relação de complementaridade entre moral e direito, entende Habermas que ela subsiste e que as questões são próprias da descentralização provocada pela pós-modernidade. Reafirma o autor ser o direito o meio apropriado para a institucionalização da moral e o Estado Constitucional, a atual moldura jurídico-política do cerne da moral racional.

É necessário perseguir o entendimento de que as normas jurídicas, junto com a coerção jurídica estatal, podem ser reconhecidas como moralmente fundamentadas pelos cidadãos, possivelmente motivados por ela, disso resultando a relação necessária entre direito, moral e política.

1.2 VALORIZAÇÃO DO ESPAÇO DO DISCURSO

Toda a teoria da democracia em Habermas aborda e valoriza o aspecto discursivo. Em outras palavras, para Habermas, pensar a democracia na atual sociedade complexa implica valorizar a dimensão linguística e a participação dos indivíduos na construção de consensos, pois somente dessa maneira é possível abarcar as diferenças presentes na sociedade.

Habermas fala de um modelo de democracia deliberativa, de um processo de decisão política em que as preferências são formadas no debate, pelo confronto de ideias. O debate visa sempre o bem comum, o interesse público. Não haveria um bem comum

anterior ao debate; esse é construído na troca de argumentos e falas, daí a importância do discurso.

O papel de cada indivíduo é ouvir o outro e participar do debate, sabendo que o que é do interesse público vai emergir do próprio confronto de ideias. O sujeito deve perceber que esse jogo é que resolve e não a briga pelo seu argumento. Os indivíduos devem chegar abertos à mudança de preferência, abertos a chegar a uma preferência única que seja o bem comum. Não é uma combinação de preferências, mas a transformação delas visando o bem comum.

Em crítica à visão solipsista do juiz Hércules de Dworkin, Habermas deixa claro o papel do discurso como busca cooperativa da verdade. Esta prática argumentativa se caracterizaria pela tentativa de assentimento de um auditório universal para resposta a uma controvérsia, no contexto de uma disputa não-coercitiva, regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações. Ao se colocar no lugar do outro, tem o sujeito a oportunidade de ampliar a visão intersubjetiva, propiciando a cooperação na busca da melhor resposta racionalmente motivada³⁰.

Desse modo, Habermas confronta a visão monológica de Dworkin com a sua proposta dialógica de busca da verdade discursivamente motivada.

Assim como Kant distinguiu a razão pura prática da razão pura teórica³¹, Habermas também fala do discurso teórico, onde são problematizadas e revistas as afirmações feitas sobre os fatos, e o discurso prático, onde são postas em xeque a validade e a justiça das normas que regulamentam a vida social³². É no contexto do discurso prático que aparece a questão da moralidade e como resultado do processo argumentativo apto a discutir a validade das proposições de comunicação.

³⁰ HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 284.

³¹ A razão pura teórica permitiria ao sujeito elaborar o conhecimento do mundo da natureza, conhecer as leis que regem o cosmos, o mundo orgânico e inorgânico. É o mundo da necessidade, é o mundo do ser, onde a finalidade escapa à vontade humana. Já a razão pura prática abre o caminho para o conhecimento do social, desvenda as leis desse mundo regido pela vontade e liberdade humana. É o mundo do dever ser, onde a finalidade é definida pela vontade humana, onde valem os julgamentos morais.

³² FREITAG, 2005, p. 101.

A ética discursiva, segundo Habermas, faz do discurso prático um espaço de conversão da norma em norma geral, isto acontecendo a partir do debate em torno dos seus efeitos e consequências, prevalecendo o melhor argumento, respeitados todos os demais. O melhor argumento se define pela maior coerência, justiça e adequação, advinda daí a sua capacidade de se tornar universal, ou de ser universalizável.

Portanto, a concepção de democracia em Habermas pressupõe a participação direta dos sujeitos interessados. É a política construída na esfera pública a partir da possibilidade de discurso dos sujeitos.

Para Habermas, a compatibilização entre uma soberania popular procedimentalizada e os resultados de um debate discursivo no nível da esfera pública contribuiria para a racionalização do sistema político. Assim, a sua teoria se coadunaria com a pluralidade da contemporaneidade, pois considera públicos não institucionalizados capazes de se organizar no nível da sociedade e de compatibilizar esfera pública e sistema político, associando democracia a racionalidade, participação e dimensão ética.

1.3 O PROCEDIMENTO COMO MECANISMO DE RACIONALIZAÇÃO

Habermas faz um mergulho nas mudanças ocorridas na relação entre direito e moral e sustenta a presença da moral no direito e a racionalidade procedimental como a única dimensão capaz de garantir ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura salva de intervenções contingentes³³.

Ademais, o procedimento não se resume ao aspecto formal, valorizando o sujeito que discursa e tendo como conteúdo a defesa da integridade e dignidade desse sujeito. Justiça e solidariedade são valores fundamentais. A justiça seria obtida através dos

³³ HABERMAS, 2003a, vol. II, p. 246.

processos argumentativos conduzidos pelos sujeitos, buscando a norma que melhor defenda a integridade e invulnerabilidade da pessoa humana e a solidariedade efetiva no grupo social, que através da solidariedade recíproca assegura o bem-estar de todos.

A consideração da sociedade civil e da esfera pública política são referências muito relevantes, à luz das quais o processo democrático e a realização do sistema de direito adquirem importância inusitada. É a possibilidade de no espaço procedimental os sujeitos partícipes se autodeterminarem para alcance dos fins perseguidos e, na busca desse objetivo, regenerar a solidariedade pela via comunicativa e pela necessidade de organização para participação eficaz.

O espaço procedimental possibilita a concretização do princípio democrático porque torna possível o exercício da autonomia política dos cidadãos. O exercício do discurso é que materializa a autonomia política do cidadão e transforma a ordem jurídica em consequência dos processos discursivos da vontade política dos sujeitos falantes. O autor do direito e seu destinatário passam a estar identificados num só sujeito através do discurso que colabora na formação da decisão jurídica. O procedimento é espaço e limite indispensáveis à racionalização dessa forma de democracia constituída na tessitura do discurso. A condição procedimental é que garante encontrar para o discurso condições de igualdade dos sujeitos para exposição de suas razões e colaboração no alcance do consenso.

Na definição da importância do procedimento, especialmente aquele fundado em normas, Habermas distingue o consenso do compromisso³⁴. Tanto o compromisso quanto o consenso são formas de resolução de conflitos interpessoais para a persecução de objetivos coletivos. O que distingue estes modos é a força de onde se origina.

O compromisso apoia-se em “posições de poder social”³⁵ que se formam através da tradição e do prestígio. É condizente com as sociedades primeiras, nas quais a

³⁴ HABERMAS, 2003a, vol. I, p.179.

³⁵ Ibidem, p. 179.

associação de famílias hierarquicamente estratificadas propiciava o surgimento dessa espécie de poder social. É identificado especialmente na figura do sacerdote, ancião ou condutor.

O consenso desgarra-se da influência da tradição e é formado através de um complexo normativo onde a autoridade decorre do poder definido em norma. No âmbito do complexo normativo, os costumes, a moral e o direito ainda se encontram interligados. Os componentes co-originários do poder político (pela tradição) e do direito do Estado se ligam na institucionalização de funções que possibilita uma forma organizada do exercício do poder político. O procedimento é esse caminho normativo para o alcance do consenso.

Usando o fundamento da teoria habermasiana, temos que a autonomia do sistema jurídico decorre do fato de os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantirem a formação imparcial de julgamento e vontade e, por esse caminho, proporcionar uma racionalidade ético-procedimental que ingressa de igual maneira no direito e na política. O direito não confunde o moral com o jurídico, nem o sistema com o mundo da vida; isto porque é o direito esfera de intermediação entre sistema e mundo da vida. O princípio da democracia, segundo Habermas, deve encontrar fundamentação entre a autonomia privada e a autonomia política pela mediação da autolegislação dos seres humanos como cidadãos³⁶.

No pensamento habermasiano, pois, o direito não vale apenas porque é posto, mas como é posto, de acordo com um procedimento democrático no qual se expressa intersubjetivamente a autonomia dos cidadãos.

Na perspectiva democrática de Habermas o procedimento ganha valor moral, ou seja, é ele que irá legitimar o direito e ter a capacidade de levar a uma racionalização do mundo da vida. É o procedimento democrático que sob condições plurais (social e quanto à visão de mundo) confere à produção jurídica força geradora de legitimidade.

³⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 173.

A visão habermasiana é bastante ampla, já que considera que só podem pretender legitimidade as regulações normativas e formas de ação a que todos os possíveis afetados pudessem prestar o seu assentimento como participantes do discurso, mostrando a sua perspectiva como um estado ideal de coisas. Toma-se essa visão como modo de análise do problema aqui enfrentado, como se verá nos capítulos seguintes.

Tratou-se da concepção de uma democracia que sustenta a sua legitimidade no atendimento aos procedimentos e na possibilidade de ampla participação social, colocando o procedimento democrático como fonte institucionalizadora e realizando as exigências pragmático-formais de igualdade entre os partícipes na formação da vontade política racional. Essa condição é que irá, ao fim, legitimar o direito.

2 DIREITO E POLÍTICA

2.1 DEMOCRACIA E CULTURA DEMOCRÁTICA NO BRASIL

Historicamente o Brasil é um país com severas questões relacionadas à sua construção política e isso repercute no modo e vivência da cidadania por seu povo. Abre-se aqui um parêntese histórico para retratar, ainda que de maneira sintetizada, um pouco desta constatação, como isso ecoa na atualidade e qual a relação que há com o debate nuclear deste trabalho.

Na obra “Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi”³⁷, o historiador José Murilo de Carvalho apresenta o retrato de uma sociedade pós-Proclamação da República, com estudos e dados que demonstram que a questão da ausência de espírito cívico e consciência cidadã deita na gênese da formação do nosso país, especialmente na origem dos grandes núcleos urbanos, no caso específico do estudo do autor, o Rio de Janeiro.

No recorte da capital republicana até a primeira metade do século XX, o autor afirma a existência de um espírito cordialista, sociável do brasileiro, mas, por outro lado, pouco solidário e associativista. O texto mostra que desde sempre temos na nossa sociedade a ausência da consciência cidadã, do saber se posicionar perante o Estado para fazer valer os direitos garantidos legalmente³⁸.

O próprio hábito de sociabilidade, da camaradagem, solidificou no brasileiro um comportamento pouco combativo, acostumado a práticas políticas fisiologistas, que o colocam de joelhos perante o Estado. Este é o contexto histórico que delinea a cultura

³⁷ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

³⁸ Comenta o autor: “O Estado aparece como algo a que se recorre, como algo necessário e útil, mas que permanece fora do controle, externo ao cidadão. Ele não é visto como um produto do concerto político, pelo menos não de um concerto que se inclua a população. É uma visão antes de súdito que de cidadão, de quem se coloca como objeto da ação do Estado e não de quem se julga no direito de a influenciar.” *Ibidem*, p. 146.

política da sociedade brasileira e que se reflete nas instituições públicas, já resultado daquilo que as alimenta. É um processo em espiral, porque cíclico, embora móvel.

Já em “Raízes do Brasil”³⁹, Sérgio Buarque de Hollanda compara as diferenças entre as colônias portuguesas e espanholas e revela como o fato de termos sido colônia de exploração é demonstrativo de uma série de práticas sociais nocivas perpetuadas no nosso povo. Ressalta que, desde a inexistente formação ordenada de núcleos urbanos até a ausência de qualquer centro formador de profissionais, tudo colaborou para que tivéssemos um processo de surgimento de uma nação sem uma consciência do espírito cidadão e do relevante papel da cidadania para a cristalização das instituições.

O “homem cordial”, cunhado por Buarque de Hollanda, além de revelar o lado de cordialidade do povo brasileiro, também serve para demonstrar o quão somos acostumados a uma cultura clientelista e corporativista, que anula uma importante característica do cidadão: o espírito combativo. Sintetiza algo que o autor entende como singularidade do brasileiro que é o espírito cordial, a hospitalidade, a generosidade. Ele mostra como isso se reflete no uso excessivo de diminutivos na linguagem, na irreverência, na ausência de cumprimento de rituais, na influência da família na vida pública, culminando numa confusão entre o público e o privado, entre o indivíduo e o cidadão⁴⁰.

Outra face da ausência de cultura democrática que deixou uma pesada herança para a história política do Brasil e para a formação das várias gerações de cidadãos foi a política coronelista. O coronelismo representou durante muito tempo a capilarização da lógica clientelista e de subserviência, que se identifica como própria da cultura política brasileira. Exatamente por ser praticada no interior do Brasil é que cumpriu a infeliz função de replicar uma relação de mando, neste caso, entre os governos locais e estaduais, de modo que o cidadão que vivia nas áreas rurais (o que era maioria até

³⁹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁴⁰ *Ibidem*, p.140-151.

o fim da República Velha⁴¹) reconhecia na figura do coronel o primeiro e mais próximo modelo de “autoridade pública”.

O coronel correspondia à liderança econômica e social das localidades interioranas brasileiras. Era pessoa de grande influência social, em regra detentora de riqueza e sempre disposta a obedecer ao governador, que o nomeava para esta função. Era o coronel “representante” dos interesses políticos do governador, preservando os seus currais eleitorais. Significou forma peculiar de delegação do poder público no campo privado, o que, por óbvio, mantinha fluida a linha entre o interesse particular e o público, sendo o poder estatal frequentemente usado para fins privados⁴². Isso gerou e gera até a atualidade não só a malversação do dinheiro público, mas também a ausência de percepção da coisa pública como bem coletivo que gera direito e, principalmente, deveres.

A política coronelista durante anos permitiu que as práticas clientelistas usadas no âmbito federal e estadual chegassem à relação mais direta com o cidadão pobre, sem educação e que era assim mantido para que perseverassem as oligarquias no poder. A forma de se fazer política pouco ou nada mudou do Império para a República⁴³, por onde o coronelismo continuou a ser realidade habitual na sociedade brasileira. A política coronelista foi mais uma importante peça para que possamos falar num déficit de consciência cidadã do brasileiro, produzindo nos primeiros anos da República brasileira uma democracia apenas formal, enquanto nos grotões do Brasil persistia a submissão política e a figura do não-cidadão.

Assim, ao longo da história política brasileira, registram-se oscilações entre democracia disfarçada (1889-1937), democracia sabotada (1946-1964) e regimes

⁴¹ Raymundo Faoro traz dado que mostra que, em 1900, apenas 36% da população brasileira vivia nas cidades; em 1920, esse número é um pouco maior, mas ainda representa apenas metade da população brasileira (51%). Acresce-se a esses números o fato de que até mesmo a população que residia nos núcleos urbanos não exercia suas funções na cidade, predominando as atividades de agricultura e pecuária, a qual que ele denomina de população “rurbana”, caracterizando o corpo social pela influência de interesses rurais. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 698.

⁴² Ibidem, p. 707.

⁴³ Ibidem, p. 710.

totalitários (1937/1945, 1964/1985)⁴⁴, sendo que somente com a Constituição de 1988 e desde ela é que amadurecemos o regime democrático, solidificando as instituições que servem à sua sustentação, politizando a sociedade para conviver e entender a democracia e gerar uma cultura política democrática.

Somos um país de história recente e que não teve oportunidade em nenhum desses períodos anteriormente apontados de fincar as bases de um regime democrático. Pensando a história de um país, vinte e sete anos (1988-2015) é muito pouco tempo para que se possa considerar consolidado o projeto democrático e é mais do que natural que, a propósito dessa situação, estejamos amadurecendo os instrumentos da democracia, dentre eles, e em especial, a própria aplicação da Constituição Federal.

Podemos dizer que há no desenvolvimento histórico do país uma conjuntura política que é resultado direto do modo de politização de seu povo e que se reflete no Poder Judiciário, porque instituição que emerge do espaço social. Não obstante as significativas mudanças que se operam e que analisaremos nas páginas seguintes, há uma forte carga histórica que deve ser conhecida e que permite uma compreensão realista do processo de democratização do Judiciário, além de permitir um olhar para o futuro.

O reflexo dessa situação está no nosso cotidiano, nas frequentes mudanças no sistema jurídico brasileiro e na relação que a sociedade estabelece com esse processo, em especial a aproximação do Poder Judiciário da rotina do cidadão brasileiro.

⁴⁴ As épocas apontadas são delimitadas levando em consideração os grandes períodos políticos do Brasil república. Entre 1889-1937, considerada primeira fase da república, o que se viu foi a elitização da política, dominada por agricultores (política do café com leite) e pelo coronelismo. Pouco avanço houve para a democracia brasileira, salvas as reformas trabalhistas iniciadas em 1934; no mais, o regime servia apenas à perpetuação das classes políticas de condição e estados específicos do Brasil. Entre 1946-1964 considera-se período em que o país teve a sua primeira experiência verdadeiramente democrática. Com a Constituição de 1946, os direitos sociais antes conquistados foram preservados e direitos políticos e civis passaram a ter proteção constitucional. Foi o tempo da liberdade política e social, apesar de sabotado pelo Golpe de 1964. Os anos entre 1937-1945 e 1964-1985 foram de regimes totalitários, embora o primeiro período, denominado Estado Novo, tivesse tido no presidente Getúlio Vargas um entusiasta dos direitos sociais, que alcançaram grandes avanços, a exemplo da Consolidação das Leis Trabalhistas. Já os anos do regime militar deixaram como marca o cerceamento dos direitos políticos e civis através da violência, representando um retrocesso à consolidação da democracia, além do total desrespeito aos cidadãos no exercício das suas liberdades. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro, 2012.

Após a Constituição de 1988, há, portanto, uma constatação de que a redemocratização do Brasil e a sua conseqüente institucionalização produziram uma mudança paradigmática e disso adveio o progresso a olhos vistos, com o avanço e a consolidação do projeto democrático, fato este ainda em curso.

Na progressão desse processo democrático, o que se vê emergir da sociedade brasileira é, pouco a pouco, o reconhecimento das instituições democráticas e a sua consolidação, o que passa necessariamente pela aproximação do composto social. Também o Poder Judiciário vem criando instrumentos à participação direta da sociedade nos seus procedimentos e, assim, incrementando o espírito cidadão e a corresponsabilidade dos jurisdicizados. É importante entender a relação deste comportamento recente do referido Poder com a sugerida interseção entre direito/política e a relação que guarda com a possibilidade de se falar em institucionalização da ética

2.2 A PERSPECTIVA DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA E A SUA RELAÇÃO COM O ESPAÇO JURÍDICO-PROCEDIMENTAL

Suscitar a relação entre direito e política é questão temerosa pelas possibilidades de interpretação, considerando que ambos os termos são plurívocos e também pelas inúmeras possibilidades ao associarmos as duas expressões. Existe algo, contudo, que está claro e que impõe a afirmação, como dito na Introdução deste trabalho, que é a autonomia do direito. Em outras palavras, ainda que se reconheça a relação de origem entre direito e política, no seu curso torna-se o direito autônomo, não havendo, pois, uma relação simbiótica entre os dois temas, mas sim questões de fundo que permitem tratar da relação direito/política.

O grau de complexidade que alcança o direito no pensamento contemporâneo é bem representativo da afirmação que parece paradoxal. Isto porque, ao mesmo tempo em que o direito se aprimorou nas suas peculiaridades reforçando a sua autonomia e

constituindo universo próprio, também a dinâmica das relações jurídicas obriga a caminhos que fazem com que haja o tangenciamento de outros mundos, como a moral e a política.

A autonomia do campo jurídico, em sua diferenciação e recortes próprios, não pode nem deve mais ser compreendida em absoluto isolamento ou como algo hermeticamente fechado. Ao contrário disso, há que se visualizar como esta autonomia põe-se numa possibilidade de relação e troca com outros universos, muitas vezes necessários à própria sobrevivência diante da complexidade da sociedade atual.

Como imaginar que de uma sociedade tão fragmentada e preche de possibilidades de relações possa subsistir um direito que se aliena exclusivamente em sua própria realidade?

Reconhecer a relação direito/política e suas possibilidades aqui entendidas na forma e participação da sociedade no Judiciário é continuar acreditando na autonomia do direito, mas não fugir à necessidade de debater as possibilidades de contato. Especificamente, discute-se sobre a democratização do Judiciário através da sua abertura para participação direta da sociedade, tomando como referência o instrumento da audiência pública.

A possibilidade de colaboração da sociedade no curso do processo judicial assegura o nexo entre o sistema interno de direito e a autonomia política dos cidadãos, que passam a participar do momento de aplicação da norma e solução do conflito. Direito e democracia têm origem comum na política porque ambas resultam de ato de poder e da chamada soberania do povo, que são “autores” e destinatários do direito.

A democracia constitucional torna-se um projeto, ao mesmo tempo, resultado e catalisador da racionalização do mundo da vida, atingindo muito além da política⁴⁵.

⁴⁵ HABERMAS, 1997, p. 61.

Desse modo, a legitimação da norma não se esgota nos procedimentos parlamentares para formação legislativa, estendendo-se à esfera pública, que carrega consigo traços culturais e bases sociais, elementos demasiadamente importantes para o contexto das audiências públicas. Essa interface Judiciário/sociedade e o modo como vem sendo isso concretizado é que revela a necessidade de se debater a relação direito/política, sem, contudo, repete-se, negar a autonomia do direito.

Todo esse processo é reflexo das transformações que o modelo democrático sofre ao longo da história e que está diretamente conectado com a percepção de Estado. O modelo democrático para o século XXI acompanha as demandas surgidas na relação Estado/sociedade e as mudanças nos modelos de Estado existentes, sempre procurando alcançar a complexidade e diversidade da contemporaneidade.

Podemos dizer que a concepção de democracia tal qual conhecemos hoje tem sua gênese no constitucionalismo moderno e nas ideias iluministas que inspiraram as revoluções liberais. No século XIX, a teoria democrática tinha como elemento comum a identificação da forma majoritária de governo com uma medida substantiva do bem comum. O sistema democrático, enquanto resultado da superação de um modelo despótico representado principalmente pelas monarquias, chega para despersonalizar a autoridade política e dar consistência à ideia de que os sujeitos são autores de suas próprias leis.

A democracia do século XIX e principiar do século XX caracterizou-se no continente europeu pelo fim do protagonismo dos regimes monárquicos e pela consolidação dos governos constitucionalistas, qualificando-se como forma de limitação do poder, de formalização das garantias individuais e constitucionalização das liberdades⁴⁶.

O processo de formação da vontade política constituía-se num processo racional de discussão e de aferição do bem comum. No Estado liberal burguês, prevaleceu o direito formal como expressão das lutas históricas que culminaram na produção de

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 33.

normas supostamente protetoras de direitos, mas que colocavam em relevo a figura do indivíduo em detrimento do social⁴⁷.

Já no século XX, na passagem para o Estado social, outras preocupações surgem para os modelos de democracia e a questão da vontade majoritária como resultante de processo racional de discussão deixa de ser a tônica do modelo democrático. Em seu lugar, ocupam problemas, tais como pensar as formas de organização administrativa do Estado moderno e do poder dessas formas sobre o indivíduo⁴⁸.

A primeira grande guerra tem papel determinante nessa mudança dos Estados europeus. A preocupação econômica e social surge com toda força e o modelo intervencionista de Estado passa a ser demandado⁴⁹.

Agora prevalece o direito material ou a efetiva prestação de ações positivas pelo Estado. O Estado passa a ser visto e cobrado como sujeito ativo, deixando a lei de ser mera forma para tornar-se fonte de obrigação de prestações específicas do Estado perante a sociedade. Em comum, tem-se a busca incessante da racionalização, o que acabou por isolar o elemento ético como parte da formação racional da vontade. É mantida a separação entre conhecimento e sentido ético, tanto epistemologicamente como no âmbito da interpretação e aplicação do direito⁵⁰.

Somente na segunda metade do século passado e principiar do século XXI é que ressurgem nas teorias democráticas a retomada da questão participativa da sociedade; o papel da norma como conciliadora entre a estrutura administrativa e a

⁴⁷ Hannah Arendt, em interessante reflexão sobre os processos revolucionários e suas consequências para os modelos político-jurídicos gerados, faz crítica contundente à Revolução Francesa, que entende ter fracassado por se valer de massas oprimidas pela miséria. Para a autora, onde há miséria, não pode haver revolução, porque as necessidades materiais superam as necessidades políticas; as escolhas são pautadas pela sobrevivência e não pelo discernimento político. Diz ela: “Sem dúvida, era o conselho do desespero; pois, se tivessem admitido que a lição mais evidente da Revolução Francesa era que *la terreur* como meio de alcançar *la bonheur* condenava as revoluções à ruína, também teriam de admitir que nenhuma revolução, nenhuma fundação de um novo corpo político, seria possível onde as massas eram oprimidas pela miséria.” ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 282.

⁴⁸ AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 101.

⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, 2015, p.34.

⁵⁰ MURICY, Marília. *Senso comum e direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 77.

complexidade social; e, o principal, a dimensão ética como passagem inexcedível para a efetivação desse novo modelo democrático.

Há o reaparecimento do aspecto ético como parte do processo democrático, muito por conta da insuficiência do modelo racionalizante de Estado, que deixa de dar conta da complexidade da sociedade no século XXI. A multiplicidade das demandas impede que modelos previamente elaborados sejam satisfatórios e, naturalmente, sente-se a necessidade de se ampliar a participação social como forma de complementar o ciclo político-jurídico inaugurado pelo modelo constitucionalista de Estado. Quanto mais a sociedade ingressa como parte do processo de formação da vontade do Estado, mais difícil é isolar aspectos éticos, tornando-se possível pensar em se e como há a institucionalização da dimensão ética.

O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo traz para as teorias democráticas a definição de um novo direito constitucional fundado na dignidade da pessoa humana, deixando para trás a primazia do princípio da legalidade que permitiu as atrocidades cometidas pelos regimes totalitários, especialmente o nazista e o fascista⁵¹. Nessa concepção constitucional, as normas dependem não só da forma de sua produção, como também do conteúdo que deve estar em compatibilidade com princípios e regras constitucionais. É a centralidade da pessoa humana que resgata a relação entre direito e moral. O indivíduo não é mais meio, mas fim para o sistema jurídico.

Essa prática pública da moral coaduna-se com a concepção de democracia do século XXI e vem desde a passagem do Estado liberal para o Estado do bem-estar social. Já naquele momento, mostrou-se que no Estado do bem-estar social nutre-se a ideia de solidariedade concentrada no papel do cidadão, e não do indivíduo⁵².

⁵¹ Nunca é demais recordar, para que não se repita, que a propósito da estrita legalidade, Hitler se sentiu autorizado a dar cabo da morte de mais de 5.000.000 de judeus, entre outros sacrificados nos campos de concentração, deixando para a história a mancha de uma barbárie que marca gerações.

⁵² As expressões cidadão e indivíduo estão aqui sendo utilizadas para referenciar o sujeito típico do estado liberal (o indivíduo), detentor de direitos particulares, em contraposição ao sujeito típico do estado do bem-estar social (o cidadão), detentor de direitos sociais de uso e gozo de todos.

Entende-se o mesmo em relação ao conceito de sociedade civil, que perde a conotação assentada na influência das revoluções burguesas concentrada no indivíduo em busca de ações positivas do Estado e passa a ser relacionada a grupos e associações organizadas que cuidam da estrutura da comunicação da esfera pública, o que faz crescer o aspecto da solidariedade entre pares. Neste momento da história e do desenvolvimento das teorias democráticas, a ideia fundamental da legitimidade democrática é a de que a autorização para o exercício do poder estatal deve surgir das decisões coletivas dos membros de uma sociedade que são governados por esse poder.

Em outras palavras, os direitos reconhecidos aos cidadãos assumem uma prática de autodeterminação organizada, mediada por instruções e processos. Essa passagem incrementa o papel das instituições formadoras do Estado, dos processos para o seu funcionamento e, por decorrência lógica, da participação dos sujeitos assegurada pela liberdade comunicativa propiciadora dos discursos. Todo esse conjunto de elementos forma outro *ethos* social, gestado na possibilidade do diálogo, da troca de ideias, do jogo de argumentos e na busca do consenso, ainda que seja este relativo a contextos ou situações específicas, como será visto mais adiante.

Fala-se, pois, de um procedimentalismo valorativo em que os conteúdos a serem efetivados são determinantes e que tem na ação comunicativa a forma de incorporação dos sujeitos, bem como de possibilitar aos discursos morais ganharem o espaço institucional, sendo a Constituição Federal o grande marco normativo.

Confirma, portanto, que a questão do *ethos* deixa de estar alicerçada em domínios diferenciados (o público e o privado) para tornar-se questão universal, que invade a esfera pública, obtendo efetividade quando traduzido para o código do direito⁵³.

Ao mesmo tempo em que é pensado como inexcedível a relação entre direito e política, não é ela ilimitada. O direito não pode diluir-se em política, não pode ser sobrecarregado por programas políticos, de modo que a mediação pelas normas reste ineficiente e, conseqüentemente, também o processo democrático de estruturação do

⁵³ HABERMAS, 2003a, vol, I, p. 145.

sistema de direitos. A análise que se segue é de relação equilibrada e pautada no reconhecimento de uma origem comum entre direito e política, que se desdobra na atualidade na perspectiva procedimental e pela expressão de uma forma de democracia deliberativa na abertura à sociedade.

2.3 DA INDISPENSABILIDADE DA ATUAÇÃO JUDICIAL PARA A EXISTÊNCIA E PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

Jürgen Habermas coloca que o Estado democrático constitucional se funda em dois parâmetros: tratamento institucionalizado dos problemas e mediação de interesses regulado processualmente⁵⁴. Para o autor, o processo é o espaço por onde se possibilita a concretização do ideal democrático, porque iguala as condições de manifestação das partes e uniformiza o discurso ético-político a partir da Constituição Federal⁵⁵.

No Brasil também é identificado este processo. A partir da Constituição Cidadã, há um crescente processo de abertura do Poder Judiciário para o tratamento dos mais diferentes interesses e demandas, o que simboliza a conscientização do espaço processual como consolidação do Estado democrático. Os processos judiciais têm se mostrado imagem e semelhança das mudanças operadas na teoria do direito e da multiplicidade encontrada na complexa sociedade brasileira.

Nesse sentido, tivemos decisões paradigmáticas nos últimos anos, como a decisão da possibilidade de uniões homoafetivas (ADPF 132 – RJ e ADI 4277 – DF) e do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54 – DF), que são emblemas do novo perfil encontrado no Judiciário, menos legalista e mais preocupado em dar solução às demandas que partem do cotidiano da sociedade. É condição que se identifica com o pensar problemático do direito, tônica do estágio atual de abertura e democratização.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.) *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p.126.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 144.

O Judiciário assume condição única porque, ao progredir na sua atuação, colabora para a efetivação do Estado democrático de direito, fazendo do processo arena legítima para a interpretação e aplicação do direito, com vistas a alcançar a pluralidade própria da sociedade contemporânea. O processo aparece como o espaço de criação e produção de direito e se mostra adequado por resguardar a participação democrática dos indivíduos, seja isolada ou coletivamente, sendo os interessados convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade⁵⁶.

É expressão do Estado democrático de direito pelo feixe de garantias a ele associadas e pelo reconhecimento de um espaço não de apenas simples aplicação do direito, mas também de compreensão (como vivência da norma) e criação do Estado-juiz sob os limites e possibilidades assegurados e materializados no devido processo legal (sentido formal e substantivo)⁵⁷.

Willis Santiago Guerra Filho⁵⁸ destaca que é pela processualização que deixamos de ter respostas já dadas para termos respostas construídas. Não haveria uma verdade ou decisão já pronta, escondida no processo; a verdade se dá na construção e desenvolvimento do processo, daí apresentar-se o espaço processual como verdadeiro reforço ao Estado democrático de direito e a colocação de argumentos como caminho salutar para esta realização.

Assim, é cabível ao magistrado realizar no espaço processual a atividade criativa, seja na simples concretização da norma positivada, seja na criação de soluções que associam regra, princípio e elementos extrajurídicos. É resultado da própria evolução

⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 80.

⁵⁷ O devido processo legal no sentido material ou substancial vem a significar a proteção do devido processo em relação ao conteúdo da demanda, atuando no que diz respeito ao direito material, enquanto o devido processo no sentido formal refere-se às repercussões e incidências no direito processual, visando assegurar o respeito às formas processuais no que representam garantias. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 83-87.

⁵⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 169.

do referido poder que se assenhora das suas funções e, de algum modo, supre possíveis deficiências dos demais poderes constituídos da República.

O resultado dessa atividade criativa, dentre outros, tem sido a transformação de institutos tradicionais do processo, como a legitimidade de agir ou a coisa julgada, mudanças empreendidas em nível processual e com o intento de adequar-se às novas demandas sociais. Também a reconfiguração de institutos jurídicos e a incorporação de princípios do direito comparado, sempre com o intuito da melhor prestação jurisdicional.

Mecanismos de abertura processual têm sido criados, adequando gradualmente o formalismo dos procedimentos à conjuntura democrática da ordem jurídica atualmente vigente. São novos modos de participação nos processos constitucionais que permitem a pluralização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, da própria interpretação da Carta Magna brasileira. As audiências públicas são exemplo disso, conforme será analisado capítulo seguinte.

Cumprir afirmar a abertura democrática do Judiciário como um significativo indicativo de mudanças empenhadas no direito brasileiro a partir da Constituição de 1988, tendentes a demonstrar a indispensabilidade do Judiciário para a existência e preservação do Estado constitucional. Quanto maior o espaço retórico, maior a possibilidade de se falar em Estado democrático constitucional, porque deixa a decisão judicial de ser apenas fruto da autoridade do Estado, aproximando-se das expectativas sociais e ganhando em legitimidade pelo espaço colaborativo da sociedade.

José Joaquim Calmon de Passos, tratando da relação entre direito, democracia e liberdade, afirma que a efetividade da cidadania somente se alcança na luta política, portanto, na participação pessoal dos indivíduos nas decisões do Estado. Diz: “Não se é o cidadão que o formal jurídico diz que somos, sim o que logramos ser de fato pelo respeito imposto ao poder político institucionalizado”⁵⁹.

⁵⁹ Diz ainda o autor: “Liberdade e cidadania são sempre frutos de confronto permanente entre indivíduos, grupos, instituições. Daí a impossibilidade de se buscar segurança no formal. Só

Calmon de Passos defende que a universalização da participação é que dará plenitude à democracia real, busca constante dos indivíduos. O que se vê no Judiciário brasileiro é a ampliação desses espaços de participação, a aproximação entre instituições democráticas e sociedade, como resultado do avanço dos anos de democracia.

Não se pode negar as carências ainda existentes, tanto na população, que é pouco consciente da sua força e capacidade de transformação política, como do Estado, que não define regras claras para essa vinda da sociedade ao processo e acaba por dificultar a sedimentação de uma cultura democrática na sociedade pátria. Esses percalços apresentados são mais uma razão para o prosseguimento do papel ativo do Judiciário, que pode e deve capitanear esse processo e contribuir para a aderência de outros sujeitos, suprimindo assim as deficiências do próprio sistema.

O futuro do direito está na emancipação do indivíduo, na sua capacidade de optar livre de toda coerção, bem assim na solidariedade, como decorrência da nossa capacidade de interação com o outro, nosso semelhante. A emancipação deve ser feita sem que se anule o outro, exercendo a liberdade no limite do respeito a ele. São marcas política e ética da democracia participativa, concretizando a mitigação dos monopólios da interpretação jurídica.

O que se pretende sustentar nas páginas seguintes é como a previsão e realização de audiências públicas no bojo dos processos objetivos é sintomática dos avanços democráticos alcançados e de que modo a institucionalização da ética aparece como resultado dessa conjuntura.

2.4 DA COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE POLÍTICO

instrumentos efetivos que assegurem poder de decisão a muitos, a informação de todos e o controle social do exercício do poder outorgado amplia o espaço de liberdade e cidadania. E se o direito é o único instrumento formalizador das regras dessa pugna, também o processo de produção do direito tem que se destecnificar cada vez mais e se politizar progressivamente no sentido da universalização da participação.” PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 282.

Embora possamos falar numa situação de progresso quanto à atuação do Judiciário e evolução do Estado democrático de direito, visível na paulatina consolidação das instituições públicas, ainda é bastante tormentosa a atuação do STF. Dentre os órgãos do Judiciário, é o que causa maiores ruídos e debates nos diálogos teóricos ou casuais.

À Suprema Corte cabem a guarda e a interpretação da Constituição Federal, o que tem lhe valido muitas críticas aos olhos daqueles que entendem a função judicial como apolítica e veem em suas recentes atuações uma transposição daquela que supõem ser sua função por natureza.

Exatamente nisso reside o problema: na crença equivocada de que direito e política são elementos díspares e que, à semelhança de dois inimigos, não podem conviver num mesmo espaço, estendendo este pensamento para a Suprema Corte. Ao contrário, como já dito, direito e política são co-originários porque advindos de atos de poder, porque são necessárias decisões políticas de validade para que o direito positivo exista⁶⁰.

Gustavo Zagrebelsky⁶¹ distingue os dois pactos que regem a sociedade política e que representam o significado de política: “*Pactum Societatis*”, que seria a política como atividade dirigida a facilitar a convivência, a união ou, como dizia Aristóteles, a amizade; e o “*Pactum Subjectionis*”, que corresponde à ideia de política como competição entre as partes, luta para se impor, que tem o governo como objeto disputado.

Ao se falar em função política da Suprema Corte, pode-se dizer que o Tribunal Constitucional é e não é implicado politicamente, sem que haja nisso contradição, pois não é política realidade única. Assim, a Suprema Corte é política, se entendemos por política a atividade dirigida à convivência, ou “*Pactum Societatis*”, sendo inclusive um

⁶⁰ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Inocêncio Martires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

⁶¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el tribunal constitucional y la política*. Madri: Minima Trotta, 2008, p. 39.

de seus fatores decisivos. Por outro lado, a Suprema Corte é apolítica, se por política se entende a competição entre as partes para assunção e gestão de poder, ou o “*Pactum Subjectionis*”.

Historicamente, a Constituição coroa essa imbricação do direito com a política. Com a chegada dos chamados Estados constitucionais, o que temos é um mecanismo explícito de controle da política, que encontra no texto constitucional os limites para sua atuação.

Para Dieter Grimm⁶², a Constituição não elimina a política, apenas lhe coloca uma moldura, sendo indevido, por exemplo, normatizar antecipadamente também o insumo para o processo decisório. Em outras palavras, direito e política têm uma relação necessária e indispensável, sem que um elimine o outro, sem que um esteja em ascendência sobre o outro.

Nesse contexto do Estado constitucional, é fundamental o papel da Suprema Corte, porque lhe cabe a preservação da Lei Maior e, por consequência, de todo o sistema orgânico envolvendo a relação entre direito e política. Se a Constituição Federal decair, é sinal explícito de que a suposta harmonia entre sistema político e sistema jurídico deixou de existir, havendo o rompimento da ordem constituída, muito provavelmente com a consequente consolidação de um novo regime jurídico.

São várias as razões para afirmar-se a função política do STF e talvez a primeira delas (não em importância, mas em percepção imediata) seja o fato de os ministros serem nomeados e não alçados a esta condição por critérios fixos, como o de merecimento ou antiguidade. Ocorre que o ministro do STF ser nomeado pela Presidência da República é um sintoma primeiro de que se trata de uma função político-jurídica, podendo os seus representantes ser escolhidos entre aqueles muitos que pareçam ser aptos à tarefa de compor e julgar os processos da Suprema Corte.

⁶² GRIMM, 2006, p. 10.

A nomeação e o exercício da função trazem, a reboque, uma margem de independência que também determina a condição político-jurídica da Suprema Corte. Os ministros são cercados de garantias (imunidade, vitaliciedade) e exigências (curriculares, de ordem pessoal) que demarcam um perímetro ausente de ingerências externas e formas tradicionais de controle, permitindo maior liberdade para o exercício legítimo da função decisória. Esse quadro (nomeação política x independência funcional) é uma das características do que se denomina perfil político-jurídico do STF.

Um segundo fator que é elencado para subsidiar a afirmação do caráter político é o fato de ter a Suprema Corte historicidade e permanência constitucional, o que permite assegurar a sua condição de instituição. Desde a Constituição monárquica de 1824, no seu art. 163⁶³, o STF (à época Supremo Tribunal de Justiça) aparece como órgão de cúpula do Judiciário, deixando claro que existe limite ao suposto poder absoluto do legislador constituinte. Não obstante a descontinuidade constitucional do Brasil, entregue ao sabor dos acontecimentos políticos nacionais, o Supremo Tribunal Federal aparece em todas as constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, EC 01/69, 1988), o que demonstra a sua integridade institucional diante da volatilidade político-jurídica do país.

Como bem destaca Lourival Vilanova⁶⁴, com a permanência do STF como órgão de poder, o que se perpetua é uma porção constitucionalmente definida de competência, é a própria nação que vê ali representada uma decisão política do povo, resultado da Constituição. O Supremo Tribunal Federal se afirma enquanto agente político porque se manifesta através de atos de poder para prestar justiça à população. E onde há poder, há política, mesmo o mais despolítico, como o poder de dizer o justo nas relações jurídicas. Esse poder atribuído ao STF, e que não cessa, dá ao órgão de

⁶³ “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.” BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

⁶⁴ VILANOVA, Lourival. *Estudos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, 1999, vol. I, p.377.

cúpula o caráter institucional, porque a sua função não cede à descontinuidade formal das constituições, continuando ele a representar o direito.

Também é igualmente importante a sua posição de órgão constitucional autônomo e que, historicamente, está habilitado a interceder nas relações interorgânicas para recompor o equilíbrio eventualmente desfeito ou comprometido, bem como o respeito a direitos subjetivos desrespeitados pelos titulares de poder. Essa função judicial do STF não deixa de ser política em razão dos fundamentos últimos, que é chegar a decisões sobre questões controversas da política nacional. Não pode se comportar exclusivamente como instituição jurídica; tem que escolher entre questões controversas de ordem pública, muitas vezes apelando para critérios de aceitabilidade sobre questões de fato e de valor que não podem ser encontrados em leis ou em constituição, nem mesmo ser deduzido de precedentes existentes⁶⁵.

A possibilidade de defesa das minorias também expõe o caráter político da cúpula do Judiciário. Em outras palavras, a construção de sentenças judiciais de matiz contra-hegemônico dá a Suprema Corte função política, vez que se torna protagonista de novas leituras do próprio direito que venham a alcançar as minorias desprotegidas. As minorias devem encontrar no STF uma instância a quem recorrer para a promoção de viradas hermenêuticas tendentes a alcançar o apelo daqueles que estão alijados da proteção jurídica⁶⁶.

A Suprema Corte fornecer proteção às minorias não destoa da percepção do sistema brasileiro como sistema democrático, uma vez que não adultera a teoria democrática o fato de haver um ambiente institucionalizado onde o cidadão encontre espaço para a proteção dos direitos das minorias não alcançadas pela norma. O que não deve ocorrer – se ocorrido, é sintomático de desequilíbrio do Estado democrático – é a defesa das minorias se tornar a regra em detrimento das maiorias nacionais.

⁶⁵ DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Role of the Supreme Court Symposium n. 1, Journal of Public Law*, n. 6, 1957, p. 281.

⁶⁶ O caso das uniões homoafetivas (ADI 4277 – RJ) é exemplo claro de como a Suprema Corte pode exercer este papel de proteção das minorias ofertando respaldo jurídico a quem não o encontra nas linhas expressas na lei.

Em um país onde os direitos básicos são em geral respeitados não se deve esperar mais do que um pequeno número de casos em que o Judiciário tenha que se plantar firmemente contra a maioria legislativa. Quando, em raras ocasiões, a maioria se mostrar tirânica, o Tribunal deve intervir e a Constituição assumirá um corpo de direitos fundamentais e liberdades que serão garantidos pelas decisões.⁶⁷

Outro traço que coloca o STF no status de agente político é o fato de lhe caber aplicar a Constituição quando for ela desatendida por qualquer outro poder e, dessa forma, assumir de algum modo o poder de autodeterminação do povo. É esse um traço do Estado moderno que sobreleva o Judiciário, colocando-o como fonte de controle último da Constituição Federal.

Esse debate passa pela atividade criativa dos juízes, já que nesse exercício inexecutável é que haveria a suposta confrontação com o sistema político, quando do comportamento proativo do juiz. Contudo, se a atividade decisória amplia o papel das Cortes Constitucionais, possibilitando-lhes ir além da mera aplicação da lei, interpretando-a e, quando possível, adequando-a nas demandas atuais, nela também está o limite e controle da atuação de cada julgador⁶⁸.

Assim, embora os juízes não sejam eleitos e, portanto, legitimados pelo voto, estão eles adstritos à necessidade de demonstrar a viabilidade da sua decisão, ou seja, “assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de caprichos ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes”⁶⁹, mas resultam da obrigatoriedade de demonstrar a plausibilidade da decisão ao atender à pretensão de correção do direito (foco da seção 4.2.2.2 deste trabalho). O juiz é agente político legitimado *a posteriori*, através da sua decisão, que é o grande instrumento de controle

⁶⁷ DAHL, 1957, p. 291.

⁶⁸ O autor italiano Mauro Capelletti coloca que a própria atividade de interpretação realizada pelos juízes quando da apreciação das causas judiciais traz ínsito certo grau de criatividade. Mesmo o uso mais simples e preciso da linguagem pode deixar lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e ambiguidades que devem ser resolvidas na via judiciária. Capelletti apenas destaca que, embora inevitavelmente criador do direito, não é o juiz um criador absolutamente livre, havendo no sistema jurídico civilizado limites processuais e substanciais à criatividade judicial. CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23-25.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 98.

do Judiciário, através da fundamentação e em razão da responsabilidade que recai no julgador pela sentença proferida.

A hipótese da audiência pública, por fim, também serve à percepção da função política do Supremo. Nenhum outro órgão da estrutura do Judiciário tem margem para criar um espaço no procedimento judicial a fim de ouvir a sociedade, por reconhecer que nesta ou naquela matéria são abordadas temáticas que fogem ao conhecimento técnico-jurídico e que exigem a abertura argumentativa como forma de se buscar alcançar a melhor decisão. A realização da audiência pública se apresenta como manifestação de uma atuação política do órgão de cúpula do Judiciário, que faz a escuta diretamente da sociedade, organizada ou não, fugindo da exigência de representante legal munido de conhecimento jurídico. É exceção aberta ao engessamento normativo dos procedimentos judiciais, com a finalidade última de dar às demandas levadas até o Supremo a solução mais próxima da legitimidade social.

É forçoso, pois, pensar o STF como agente político, porque lhe cabe guardar o documento político que funda o Estado Democrático, não sendo diversa a sua condição perante a sociedade⁷⁰; o que não significa, contudo, a captura desta pelas arenas de discussões partidárias, ou a chamada pequena política. Fala-se aqui de um sentido político na essência do termo e não como degeneração ocorrida na história do nosso país, onde é quase identificado com a corrupção. Em parte, a resistência em se admitir a função política do STF é decorrência do desgaste e da descrença que a política (partidária) e seus agentes têm e que leva a uma falsa identificação.

Não há nada de equivocado em se afirmar que o que o Supremo faz é expressar orientações em suas decisões e a elas se referir como política judicial. É, contudo, forma específica de política, já que não se refere a projeto político de governo. São causas que se encerram em si e que têm, na sua solução, formas de o Estado realizar política através da atividade interpretativa dos julgadores. Diferentemente da política

⁷⁰ Cabe aqui trazer a opinião diametralmente oposta de Celso Fernandes Campilongo, que vê na aproximação entre direito e política um dos caminhos para o totalitarismo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.175.

de governo, na política judicial o papel é de reafirmar a Constituição e dar continuidade ao seu valor jurídico.

Igualmente, a posição aqui sustentada não implica no entendimento do Supremo Tribunal Federal como autoridade legitimada a substituir o juízo político do legislador, quando este se referir à decisão em elaborar ou não legislação. Explica-se: o fato de entender o STF como agente político não invalida a sua necessidade de respeito à separação de poderes e não substituição do juízo político do Congresso Nacional. Ser o STF agente político no contexto do Estado democrático de direito significa, também, respeito à competência jurídico-formal dos poderes constituídos, especialmente no que se refere à atribuição legislativa das casas do Congresso.

A função política pode, sim, ser efetivada de maneira salutar à sociedade, porque no propósito de proteção dos direitos fundamentais, defesa das minorias e alcance das inúmeras possibilidades fáticas que não estão expressamente contempladas no sistema. O Supremo atua na defasagem do legislativo, que de algum modo condiciona o Judiciário a suprir as demandas sociais, permitindo ao cidadão se sentir contemplado pelo Estado.

Portanto, defende-se que, quanto mais participativas forem as decisões das Cortes Constitucionais, mais se tornará possível falar em autoridade democrática quando da referência a elas e menor será o risco para o projeto democrático como um todo, já que a participação ativa da Corte Constitucional não se dá à revelia da sociedade para quem se dirige a decisão. Sobretudo quando a decisão judicial trata de questões político-morais fundamentais à sociedade, como nas ações a serem analisadas no capítulo 5, sendo a decisão uma espécie de substitutivo do processo legislativo, acrescentando a necessidade de abertura participativa, sob pena de prejuízo à democracia como todo.

Uma vez mais, retorna-se à parte nuclear do trabalho, pois, se a decisão é o que legitima e controla o Judiciário, o arcabouço argumentativo de que se valem os juízes para a sua decisão é parte fundamental deste processo. A partir do momento em que são considerados os argumentos morais formulados pelas partes e estes passam a

compor a sentença, legitima-se à atividade judicial, sendo, sim, possível falar em institucionalização da ética.

3 AS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO STF

3.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: CABIMENTO E LIMITES LEGAIS

O STF tem procurado aperfeiçoar os mecanismos de abertura processual adequando gradualmente o formalismo dos procedimentos à conjuntura democrática da ordem jurídica atualmente vigente. Dessa maneira, criaram-se modos de participação nos processos constitucionais que permitem a pluralização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, da própria interpretação da Carta Magna brasileira.

Prova disso é a introdução de institutos processuais que indicam ampliação do espaço dos sujeitos no processo, a exemplo do *amicus curiae*⁷¹ e da audiência pública, apresentando resultados para a democratização do Judiciário e para a interpretação da Constituição Federal.

A audiência pública, de maneira mais específica, surge como uma forma de escuta da sociedade, tanto assim que não é prevista exclusivamente nos processos de controle concentrado de constitucionalidade⁷², atendendo ao propósito de abertura democrática do Judiciário. Resultam das exigências da pós-modernidade, que tem na sua complexidade a impossibilidade da compartimentalização de saberes, convertendo-se a sociedade e a sua riqueza de informações recurso fundamental à prestação da justiça, ao direito cabe adequar-se à realidade social.

⁷¹ O *amicus curiae* ou “amigo da corte” tem previsão na legislação de controle concentrado (Lei 9868/99, Lei 9882/99), entre outras, e se constitui numa ampliação subjetiva do processo, onde alguém que mesmo sem ser parte, em razão de sua representatividade, é chamado ou se oferece para intervir em processo relevante, com o objetivo de se manifestar sobre a questão constitucional em debate, fazendo com que o discurso se amplie e o órgão julgador tenha mais elementos para a decisão. Difere-se da audiência pública pela forma da iniciativa (o *amicus curiae* é de iniciativa voluntária), pelos propósitos do instituto (colaborar diretamente na causa) e pela amplitude da abertura para participação.

⁷² Além da previsão da realização de audiências públicas nos processos de controle concentrado, também são elas cabíveis em diversos outros procedimentos, a exemplo dos processos administrativos previstos nas Leis 9784/99, 8.666/93, 8987/95, 9427/96, 9476/97, 10.257/2001, sempre que se tratar de obra de grande impacto social. Também o Ministério Público pode convocar audiência pública, no interesse da defesa de direitos, de acordo com o que dispõe a Lei 8625/93.

Aqui, contudo, interessa o estudo das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nestas condições, é cabível a realização de audiências públicas no curso de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9868/99, art. 9º) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99, art. 6º, §1º)⁷³. A audiência pública aparece como recurso auxiliar à formação da convicção do julgador, munindo-o de informações necessárias ao deslinde da ação.

O art. 9º da Lei 9868/99 determina que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, poderá o STF requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emitam parecer sobre questão constitucional em debate, além de realizar audiências públicas destinadas a colher o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Na ADPF, o cabimento da audiência pública encontra respaldo na literalidade do art. 6º, § 1º, da Lei 9882/99⁷⁴, que determina a possibilidade do relator convocar audiência pública se entender necessário.

Ainda quanto ao cabimento, duas situações merecem observação: os recursos extraordinários e as ações de inconstitucionalidade por omissão.

Em relação aos recursos extraordinários, entende-se pelo cabimento da audiência pública sempre que reconhecida a repercussão geral da matéria discutida, podendo o relator, à semelhança dos processos de controle concentrado, munir-se de informações adicionais, como aconteceu no RE n.º 581.488, 64/320, 586.224 e 627.189.

⁷³ Ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental serão abreviadas adiante por ADI e ADPF, respectivamente.

⁷⁴ “Art. 6º. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º 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, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁷⁵, regulada pela Lei 11.063/2009, que alterou a Lei 9868/99 para incluir os arts. 12-A a 12-H, também passou a admitir a realização de audiências públicas, uma vez que o art. 12-E determina a aplicação das disposições referentes a ADI, no que couber à ADO.

Assim, a interpretação sistemática da legislação referida permite a afirmação do cabimento das audiências públicas também nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, não obstante não exista até o momento registro de audiência pública realizada ou convocada no curso de alguma dessas.

Assim, surge a audiência pública como um segundo instrumento de abertura nos processos constitucionais, com a peculiaridade de implicar a participação de entidades e/ou profissionais que não são bacharéis, mas que ali estão como membros da sociedade, o que demonstra a amplitude do recurso a informações adicionais que municiem a formação da convicção dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A previsão da possibilidade de realização da audiência pública nas ações constitucionais, bem assim o seu funcionamento, parece-nos indicar que o formalismo processual vem sendo repensado no intuito de flexibilizar o seu funcionamento, especialmente para que haja abertura à sociedade e sua participação no processo e configuração da decisão judicial.

Acresce-se o fato de realizar a abertura pelo espaço discursivo, portanto, na interpretação e argumentação em torno da situação tratada. A abertura processual se dá no espaço procedimental-discursivo, onde pela dialética (troca de ideias) passa a sociedade a ser mais do que mera receptora da decisão judicial, como também colaboradora, conformadora.

É neste ponto que foi defendido na seção anterior haver democratização do Judiciário. Compreende-se que pensar num Judiciário democrático não se refere apenas ao amplo acesso às suas instâncias, a democratização deve ir um pouco além, na

⁷⁵ Abreviada adiante por ADO.

elaboração plural da decisão judicial, como ocorre no uso da audiência pública pela Suprema Corte.

A realização das audiências públicas permite a conjugação de argumentos jurídicos e não-jurídicos, suprimindo uma possível deficiência do julgador, que, ainda que se esforce, não pode alcançar a toda e qualquer matéria que chegue ao STF. João Maurício Adeodato, analisando a extensão da atividade decisória, diz que “esse é o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo”⁷⁶.

A leitura do artigo 9º da Lei 9868/99 mostra a que serve a audiência pública, sugerindo o seu uso para valer-se da experiência e autoridade sobre matérias fora do âmbito jurídico e das quais naturalmente desconhece o julgador. O raciocínio nas audiências públicas é indutivo, posto que vem de argumentos derivados de situações particulares e que constrói-se na intersubjetividade desses argumentos a base para a decisão judicial, a qual formulará norma geral para situações semelhantes. Por si só, esta condição já é prova de que o que temos na atualidade do direito é diferente do modo como tradicionalmente se construiu o pensamento jurídico, antes baseado no chamado raciocínio dedutivo ou lógica da subsunção.

Ademais, considera-se ainda a formação da consciência cidadã, pois se exige em algumas hipóteses a organização de Associações, formação de conglomerados sociais que comunguem interesses e, em defesa destes, chegue-se até o desenvolvimento do instituto tratado. Dessa maneira, passa a sociedade a se apoderar do processo não somente por meio da representação técnica especializada, mas diretamente por seus pares.

Cabe destacar que, com as audiências públicas, não se pretende formar maiorias nem ir em busca de opiniões conjunturais tomadas pelas massas derivadas da grande mídia e que de maneira sazonal aderem a uma dada linha opinativa. Não é esse o propósito da audiência pública; não é buscar ouvir aquilo que diz a maioria. Pelo

⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

contrário, vale-se da abertura cognitiva para desvendar o senso ético da sociedade, o senso comum como extrato ético do social⁷⁷, dando legitimidade, dessa maneira, à decisão resultante do seu procedimento.

O senso comum, enquanto sentido ético compartilhado pelos sujeitos, é que se procura resgatar a partir da possibilidade de fala dos indivíduos de uma sociedade. Esse espírito ético comum que deve ser buscado por aqueles que recorrem ao instituto e fazem dele uma ponte para a solução das demandas que lhe são postas, soluções essas que mais se aproximam da legitimidade exatamente pela sua capacidade de juridicizar e universalizar o sentido subjetivo das questões levadas ao Judiciário.

Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal⁷⁸, constatamos a realização de onze audiências públicas em ações de controle de constitucionalidade. São elas: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); ações afirmativas (ADPF 186 e RE 597.285); judicialização do direito a saúde, fetos anencéfalos (ADPF 54); importações de pneus usados (ADPF 101); Lei Seca (ADI 4.103); proibição do uso do amianto (ADI 3937); novo marco regulatório da TV por assinatura no Brasil (ADI 4679 e ADI 4756); queimadas em canaviais (RE 586.224); campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia (RE 627.189); financiamento de campanhas eleitorais (ADI 4650); biografias não autorizadas (ADI 4815); Programa Mais Médicos (ADI 5037); ensino religioso em escolas públicas (ADI 4439); internação hospitalar com diferença de classe no SUS (RE 581.488); alteração no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil (ADI 5062 e ADI 5065).

Dessa maneira, observa-se que é um instituto ainda timidamente usado, considerando que as legislações suprarreferidas têm dezesseis anos de existência, muito embora utilizadas em ações de grande repercussão social.

⁷⁷ De maneira bem apropriada, tem-se que: “O senso comum é o lugar privilegiado da ética, o acesso a questões do justo e do injusto de que, afinal, dependem o direito e a moral”. MURICY, 2015, p 13.

⁷⁸ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

Peter Häberle chama a atenção para o fato de que quem vive a norma acaba por interpretá-la⁷⁹ e convoca à ideia de que a interpretação da Constituição deve ser feita pelos participantes do processo social, já que a Constituição Federal é fruto e elemento conformador desta sociedade. Segundo ele, quanto mais uma sociedade é pluralista, mais aberto deve ser o processo de interpretação constitucional⁸⁰.

Parece ser este o intento da audiência pública: chamar à Corte aqueles que vivenciam a norma, na crença de que a democratização da interpretação constitucional possibilitará a produção de sentenças mais próximas da realidade social. A liberdade na construção de argumentos, formando uma cadeia comunicativa determinante para a decisão final do STF.

Adere-se à visão de que não existe uma única decisão correta, mas a decisão mais razoável, considerando as circunstâncias apresentadas e os fundamentos levantados. Isso permite dizer que em outras circunstâncias o juiz poderia chegar a outra definição igualmente acertada para o momento. Daí que é possível entendermos a audiência pública como um recurso usado para procurar alcançar a melhor resposta à demanda proposta, reconhecendo-se que, para isso, necessário se faz ultrapassar os limites das partes e ouvir a sociedade, na possibilidade de que seus argumentos ajudem para a melhor sentença⁸¹.

Toda a construção procedimental da audiência pública e a possibilidade do cabedal argumentativo nela desenvolvido servir à decisão têm uma única finalidade, que é permitir alcançar a decisão mais correta possível ou a melhor fundamentada, que não gere contestações ou que gere poucas, e por isso se legitime.

À medida que o processo constitucional, em razão de suas peculiaridades, ganha contornos distintivos e possibilita uma nova forma de apreciação das demandas, dando uma maior liberdade para a formação da convicção judicial, a realização das

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 14.

⁸⁰ Ibidem, p. 13.

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *Trás la justicia: una introducción al derecho e al razonamento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993, p. 16.

audiências públicas surge como meio de propiciar esta abertura, sendo que os argumentos ali produzidos possibilitarão a motivação das decisões judiciais e a sua maior legitimidade social. Mesmo mínima que seja a legitimidade, ela se acha na relação de sujeito a sujeito. A mesma intersubjetividade que condiciona a pluralidade de argumentos a formar o lastro para futura decisão judicial na audiência pública é também o alvo a que se dirige a decisão e que deverá nela encontrar receptividade para se dizer legítima.

Conforme Perelman⁸², o papel e a importância da retórica em direito aumentam com o crescimento e a independência do poder judiciário, pelo menos na medida em que este procura motivar as suas decisões e não as impor por via autoritária. A audiência pública, tal como se apresenta nas legislações citadas, qualifica-se pela participação efetiva do público no procedimento como parte na conformação do sentido jurídico, caracterizando verdadeira materialização do princípio participativo.

A audiência pública aparece como mais um elemento resultante do Estado democrático de direito e que tem a pretensão de dar azo à posituação da justiça pela ampliação do espaço de participação social. O Estado constitucional democrático é a realidade fundamental para movimento jurídico como esse, que pretende ampliar a efetiva cooperação da sociedade no processamento judicial das questões.

Agora, pergunta-se: é a decisão resultante das audiências públicas uma tomada de posição do julgador perante uma situação valorativa a ser decidida?

Considerando que no âmbito das audiências públicas foram formulados argumentos morais, colocar-se o julgador contra ou a favor destes, pode, sim, ser considerado tomada de posição. As audiências públicas como previstas nas legislações apontadas têm uma dupla finalidade nos processos em que é conclamada: atende a uma perspectiva substancialista, já que através do seu espaço de comunicação o Supremo Tribunal Federal abre para o debate amplo de questões morais e existenciais, e

⁸² PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 55.

interessa responder em conteúdo às demandas em que ela acontece. Portanto, tem a audiência pública função colaborativa em relação ao conteúdo da decisão.

Da mesma maneira, uma função procedimentalista é extraída da audiência pública, já que parte da legitimidade da decisão judicial resulta do modo democrático pelo qual se constroem os argumentos a subsidiar a convicção do julgador, ressaltando a participação da sociedade através de entidades organizadas, ou através de pessoas físicas, em quaisquer dos casos sendo a audiência espaço fundamental.

O aspecto procedimental se destaca porque é nele que se viabiliza a real proposição dos argumentos durante o curso da audiência e, desse modo, a colaboração em conteúdo de que se falou há pouco. É também o aspecto procedimental que permite falar em abertura democrática do Judiciário, pois se passou de um modelo processual subjetivamente limitado para o ingresso e participação de colaboradores da sociedade habilitados à fala. Portanto, o procedimento, ao mesmo tempo em que possibilita participação social na formação da *opinio iudicio*, é também fonte de legitimação da decisão.

É bom lembrar, por fim, que a audiência pública não substitui o espaço de representação popular exercido pelos demais poderes. O fato de o Judiciário conchamar e ouvir a população não faz com que a audiência pública substitua formas outras de participação social nos poderes estatais. O Judiciário não quebra a harmonia e independência dos poderes ao autorizar que a sociedade venha até o Supremo Tribunal formular argumentos que possam colaborar com o deslinde da demanda.

Não se desfaz o consenso entre os poderes quanto à forma de exercício de poder, ao contrário, procura contribuir para o seu sucesso. A audiência pública gera poder através da comunicação, da possibilidade do exercício livre do discurso e da participação direta nas decisões do Estado, fazendo frente ao poder administrativo racionalizado em decisões que se valem de normas estabelecidas e de políticas escolhidas.

3.2 OBSERVAÇÕES CRÍTICAS ÀS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Embora muito se tenha avançado com a previsão legislativa, limitações ainda se apresentam no mecanismo e uso das audiências públicas, desde a ausência de conhecimento e preparo dos participantes do processo para a efetiva colaboração na formação da convicção dos ministros até as próprias falhas no procedimento previsto no Regimento Interno do STF⁸³, que apresenta omissões relevantes ao uso do instituto jurídico.

Para pensar a questão das audiências públicas e da participação dos sujeitos nelas, temos que tomar como premissa a noção de democracia que sugere ser assimilada na prática do Judiciário e que considera todo indivíduo suficientemente qualificado para participar das decisões coletivas de uma associação que afete seus interesses⁸⁴.

Em estudo de dados e análise documental das atas e vídeos das audiências públicas, um dos primeiros problemas observados é a ausência de preparo dos participantes no procedimento em análise, talvez pelo desconhecimento da sua função no âmbito do espaço procedimental ofertado.

A audiência pública, conforme o que se extrai da leitura das legislações autorizativas, serve para fornecer aos ministros informações técnicas, preferencialmente não-jurídicas, que sejam determinantes para o deslinde da ação constitucional. A ideia é municiar a Suprema Corte de dados relevantes que ajudem na apreciação da questão judicial, mas que não estejam no domínio do próprio conhecimento jurídico. É, pois, fundamental que as entidades escolhidas para a apresentação nas audiências públicas tragam à baila dados, índices e estudos que somem e colaborem para a formação da convicção dos julgadores.

⁸³ BRASIL, 2015.

⁸⁴ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 98.

Otfried Höffe⁸⁵ fala em processo comunicativo de decisão, colocando como uma das exigências a capacidade e disposição dos participantes, sem o que, explica ele, não haveria resultado prático. De nada adianta se o tempo designado a cada um dos participantes for utilizado tão somente para a exposição de dados legislativos, o que já é de conhecimento dos ministros. É indispensável que as entidades tenham consciência de que a sua colaboração depende principalmente da produção de informações técnicas não-jurídicas, estas sim contribuintes para o alcance de resultado prático, qual seja, a consideração dos argumentos produzidos pela sociedade na decisão judicial.

Para que haja funcionamento de uma instituição é fundamental que seja transmitido o significado dela através do reconhecimento social. Assim, os atores potenciais da ação institucionalizada devem tomar conhecimento, serem “educados” para tanto. Esse preparo é que permite falar em igualdade entre os partícipes e no exercício equitativo das oportunidades ofertadas pelo procedimento.

Uma segunda questão que se apresenta em relação às audiências públicas, é a ausência de um critério claro de escolha dos participantes. A regulamentação encontra-se no Regimento Interno do STF, que no seu art. 154 fala apenas que deverá ser garantida a participação de diversas correntes, ficando a escolha a critério do ministro relator, bem assim tempo e ordem das manifestações. Diz o referido Regimento:

Art. 154. Serão públicas as audiências:

[...]

III – para ouvir o depoimento das pessoas de que tratam os arts. 13, inciso XVII, e 21, inciso XVII, deste Regimento.

Parágrafo único. A audiência prevista no inciso III observará o seguinte procedimento:

I – o despacho que a convocar será amplamente divulgado e fixará prazo para a indicação das pessoas a serem ouvidas;

II – havendo defensores e opositores relativamente à matéria objeto da audiência, será garantida a participação das diversas correntes de opinião;

III – caberá ao Ministro que presidir a audiência pública selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinando a ordem dos trabalhos e fixando o tempo que cada um disporá para se manifestar; [...].⁸⁶

⁸⁵ HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 430.

⁸⁶ BRASIL, 2015, p. 94, grifo do autor.

Embora o artigo transcrito fale da necessidade de correntes diferentes serem ouvidas no espaço da audiência pública, não há publicidade das entidades ou especialistas que tentaram inscrição, mas tão-somente a lista dos habilitados, que fica a cargo da escolha discricionária do ministro relator.

É claro que se espera do membro do STF razoabilidade na decisão de habilitação para a audiência pública, mas seria bastante interessante que houvesse a divulgação de todos quantos tentem a habilitação e a própria escolha estivesse acompanhada do mínimo de fundamentação, como se exige de qualquer decisão judicial.

Habermas⁸⁷ diz que o caminho do princípio do discurso que garante o consenso não coercitivo é indireto, desdobrando-se através de procedimentos que regulam as negociações sob pontos de vista da imparcialidade. Utilizando desse pressuposto, nota-se que para que reste assegurada a legitimidade das audiências públicas, é indispensável que o STF garanta sua imparcialidade no processo de escolha dos participantes e que, por decorrência lógica, isto alcance a própria decisão judicial. Se não houver certeza da imparcialidade do procedimento, não é possível falarmos num real e legítimo consenso. Deve haver igual distribuição de responsabilidades e oportunidades entre os participantes para que seja possível acreditar que os pactos a se chegou são conforme a equidade.

Ademais, a intimação do habilitado deveria ser acompanhada de uma cartilha orientadora (também a ser disponibilizada no site), de maneira que os participantes tomassem conhecimento das regras e da função da audiência pública, tornando-os ainda mais capacitados a colaborar democraticamente no processo judicial.

Por outro lado, a consideração dos argumentos não pode ser aleatória e ilimitada; ao contrário, deve ela tomar uma linha-limite (no caso a solução do conflito que se põe) que leve à especificação de condições e possibilite um progresso do processo de aprendizagem. Conforme Habermas⁸⁸, as condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um

⁸⁷ HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 208.

⁸⁸ Ibidem, p. 283.

tema de uma determinada época possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força da motivação racional inerente a eles.

É esta avaliação determinante para se falar em sucesso do mecanismo da audiência pública, ou seja, a existência da linha-limite à formulação dos argumentos, e a certeza de que, dentro do possível, os argumentos relevantes serão ventilados pela oportunidade de formulação no âmbito do espaço procedimental. E também, ainda, a garantia de condições mínimas de igualdade e não coerção dos participantes do processo livre de argumentação.

A figura do auditório universal mostra-se importante à regulação do processo argumentativo como destinatário ideal dos argumentos disputados de maneira não coercitiva. A não coerção é premissa inexorável do processo argumentativo, sendo que deve funcionar à luz da busca cooperativa da verdade, onde os sujeitos participantes do processo tenham igual respeito e consideração, colaborando equitativamente para a formação da decisão judicial.

A derradeira questão quanto às audiências públicas é o seu resultado prático, ou seja, a existência ou não de consideração dos argumentos produzidos na decisão final do STF. Em outras palavras: há efetiva consideração pelos ministros dos argumentos produzidos nas audiências públicas ou é apenas um teatro jurídico televisionado que se realiza para fazer valer a regra prevista na legislação pátria? Se sim, quais os limites dessa consideração e em que medida pode-se pensar a partir disso a institucionalização da moral?

É essa a mais relevante das questões, porque se tornaria inócua a realização da audiência pública se esta não produzir nenhum resultado prático quando da apreciação pelo STF da causa que a originou.

A análise das decisões já formuladas demonstra que há a consideração dos argumentos formulados nas audiências pelos ministros do STF, até mesmo porque as ações julgadas tratam de temas que exigem uma profundidade científica e/ou técnica

que foge ao conhecimento do julgador, sendo mesmo fundamental que ele se valha das opiniões técnicas formuladas durante as audiências públicas.

Importante que se observe esse elemento, pois a função última das audiências públicas é produzir decisões socialmente efetivas, porque democraticamente elaboradas a partir da consideração da pluralidade de argumentos produzidos pela própria sociedade. Se da realização da audiência pública não decorre esse resultado, estamos a tratar de um instituto natimorto.

Quanto mais a decisão for produto dos argumentos trazidos pela sociedade, maior a sua legitimação e a possibilidade de produzir resultados efetivos. Ainda é fundamental, pela conjuntura social que se apresenta na atualidade, que o STF abra um canal de diálogo direto com os movimentos sociais para permitir e atrair a sua participação nas audiências públicas. Pouco se tem visto de movimentos sociais organizados colaborando, quando em verdade são eles os destinatários de muitas das mudanças proporcionadas pelas decisões do STF.

Em relação à questão última da possibilidade de institucionalização da ética, o capítulo seguinte se reserva a aprofundar no tema, buscando analisá-lo no contexto mais amplo do que vem a significar esse termo, como isso pode ser pensado na abertura argumentativa do procedimento judicial, quais suas diretrizes e em que medida está associado à contemporaneidade jurídica.

4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO ESPAÇO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA

4.1 DA INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA CONTEMPORANEIDADE

Para o entendimento do sentido e das diretrizes para a institucionalização da ética, impõe-se que antes seja ofertada a compreensão da relação entre direito e moral, bem assim como esta vem sendo pensada na contemporaneidade.

Historicamente, a relação direito/moral pautou o desenvolvimento do pensamento jurídico e esteve como razão para inflexões no curso das afirmações filosóficas do direito e do próprio modo de estruturação dos ordenamentos jurídicos. Dessa maneira, a relação que aqui se afirma como possível – a possibilidade de institucionalização da ética no espaço procedimental-discursivo – decorre antes e principalmente de mudanças que se operam no pensamento jurídico, transpondo as colocações positivistas que negavam a relação direito/moral e, ao contrário disso, afirmando-as como necessárias à construção de um direito discursivamente elaborado e produto do modo de existência humana, que é a compreensão⁸⁹.

Afirmar a possibilidade de institucionalização da ética implica a prévia noção de que o direito hoje não mais se apresenta apartado da moral. John Merryman e Rogelio

⁸⁹ “Temos de ter consciência de que o direito é uma artificialidade política que seleciona condutas de caráter intersubjetivo e que a distinção entre direito e moral não é, portanto, existencial. Direito e moral são co-originários se analisarmos a relação entre ambos por uma perspectiva hermenêutica, já que o sentido moral-prático de um problema sempre se antecipa antes mesmo de buscarmos uma resposta exclusivamente jurídica para ele. Já sob uma perspectiva sistêmica, o direito decorre de uma diferenciação resultante de uma adaptação do sistema social. Não é possível cindir direito e moral no momento da compreensão, na medida em que ambos são ‘filhos’ do ethos, são expressões de uma racionalidade moral-prática que acontece fenomenologicamente, sem que haja tempo para atitudes reflexivas capazes de efetuar essa distinção. A co-originariedade entre direito e moral se deve, portanto, a esse modo de sermos no mundo: compreensão.” CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 146.

Pérez-Perdomo⁹⁰ falam num movimento gradual de transformação da *Civil Law* ao longo do século XX, destacando o distanciamento do modelo positivista herdado da Revolução Francesa, especialmente, segundo eles, em razão do processo de judicialização⁹¹, da ampliação do poder de interpretação jurídica pela Justiça ordinária, da publicação de sentença e outros atos que questionam o dogma da separação de poderes, do deslocamento do foco do direito civil para o constitucional, do privado para o público, do positivismo legal para os princípios constitucionais.

Igualmente, influencia a teia de relações que surge como decorrência das inovações tecnológicas, da reconfiguração das relações sociais, do avanço da biogenética, das mudanças climáticas e ambientais, fazendo com que o direito se veja obrigado a responder a novas e diferentes demandas, as quais, por sua complexidade, pedem outro modo de realizá-lo. É desse contexto que se impõe um modelo que se costuma denominar direito discursivo, isto é, que se vale da estrutura linguística para complementar as insuficiências das normas, declarar o sentido dos princípios, ou, ainda, integrar sentidos não jurídicos que venham a servir à solução das demandas.

Direito discursivo porque o aspecto linguístico é supervalorizado e as soluções jurídicas são construídas a partir do discurso, expandindo significados. É nessa dimensão discursiva também que a moral assume papel diverso, deixando de ser vista como o antagonismo ou o diferente em relação ao direito e passando a integrar o universo jurídico pela via discursiva, pela assimilação de argumentos morais como modo de solução para as questões complexas surgidas.

Todo o contexto apresentado e identificado como sendo uma mudança paradigmática do direito ocorrida no bojo das transformações do século XX e neste princípio de século XXI é absolutamente necessário para que possamos sustentar a afirmação de que é, sim, possível falar-se em institucionalização da ética. A pluralidade de

⁹⁰ MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PORDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas legais da Europa e América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009, p. 196-198.

⁹¹ Dizem os autores: “Tem havido uma substancial transposição do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, corroendo assim o ideal de supremacia do Legislativo. Os poderes atribuídos ao Judiciário, tanto o de revisão da legalidade da ação administrativa e de controle da constitucionalidade da ação legislativa, como também o de interpretação das leis, colocam em cheque o dogma da estrita separação de poderes”. *Ibidem*, p.197.

argumentos colaborativa na elaboração da decisão judicial, decorrência da aplicação de princípios ou do uso da hermenêutica filosófica, entre outras razões, é o que determina a abertura desse espaço para falar-se em institucionalizar a ética e isso só se torna possível graças ao momento em que vive o direito.

Em outras palavras, sustentar a institucionalização da ética é resultado do contexto atual e de como se comporta o pensamento jurídico na afirmação da relação direito/moral como co-originária. O mesmo não seria possível se estivéssemos ingressos em outras perspectivas do pensamento jurídico, como no positivismo normativista de Kelsen ou, ainda, no culturalismo jurídico do Egologismo de Carlos Cossio.

A questão do direito e da moral só se pôs quando a modernidade se deteve na questão da ciência e se o direito era ou não ciência. Isso foi determinante para que houvesse a preocupação em afastar questões valorativas e se disseminasse uma visão da moral como algo diverso do direito. A partir disso, a relação entre o direito e moral passou a ser uma questão fundamental para situar o pensamento jurídico, prevalecendo a tese da separação.

O positivismo jurídico, que encontrou em Hans Kelsen⁹² sua face melhor definida, trazia a afirmação da separação entre direito e moral como pressuposto para a compreensão do fenômeno jurídico normativo e sua autonomia científica. O referido autor afirmava que a tarefa da ciência jurídica seria uma descrição alheia a valores e, portanto, distinta da moral.

Na Teoria Pura, sustenta Kelsen⁹³ que, embora as normas jurídicas como prescrições de dever-ser constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheio a valores (*wertfreie*). Assim, na concepção kelseniana, o jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito, de

⁹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁹³ *Ibidem*, p. 77.

modo que uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral.

Kelsen ressalta que falar numa ordem jurídica moral ou imoral, justa ou injusta, traduz uma relação com um dos vários sistemas morais, portanto, com uma moral relativa, não se admitindo desse modo expressar-se a ideia de uma moral absoluta. Assim, a ordem jurídica considera-se válida independente da sua discordância ou concordância com o sistema moral⁹⁴.

A relatividade das ordens morais é a justificativa da Teoria Pura do Direito para negar a possibilidade da exigência de que seja o direito moral numa concepção científica deste. Para Kelsen, afirmar que uma ordem social imoral não é direito pressupõe necessariamente a existência de uma moral absoluta, para que efetivamente funcione como um critério firme de avaliação da ordem jurídica, ou de determinação do direito justo ou injusto.

Embora com pensamento mais moderado, Herbert Lionel Adolphus Hart manteve-se na linha positivista e insistiu na tese da separação entre direito e moral. Assim, não obstante tenha reconhecido que o direito foi influenciado pela moral ao longo dos séculos, não acreditou haver necessidade de um sistema jurídico mostrar conformidade específica com a moral, crendo que são sistemas estanques⁹⁵. Hart reconhece a existência de problemas vários envolvendo a relação entre direito e moral, mas afirma que isso não significa que os critérios de validade jurídica das leis específicas usadas num sistema jurídico devam necessariamente incluir uma referência à moral ou à justiça⁹⁶. Assim, embora reconheça a textura aberta do direito

⁹⁴ KELSEN, 1998, p. 76.

⁹⁵ “Não se pode negar em sã consciência que o desenvolvimento do direito tem de fato sido influenciado, em todos os tempos e lugares, tanto pela moral quanto pelos ideais convencionais de grupos sociais específicos, e também por formas esclarecidas de crítica moral oferecidas com insistência por alguns indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral comumente aceita. Mas é possível compreender erroneamente essa verdade, vendo-a como autorização para uma afirmação diferente: a de que um sistema jurídico deve necessariamente mostrar alguma conformidade específica com a moral ou a justiça.” HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 239.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 240.

e trate dela em seus estudos, não ultrapassa a barreira da separação entre direito e moral.

O equívoco do positivismo foi dar um enfoque exclusivamente do direito como sistema e não do direito como prática social. Outra importante corrente do século XX foi o culturalismo jurídico, que enfrentou o normativismo kelseniano e apresentou alternativa filosófica e conceitual do direito de grande importância. Pauta-se o culturalismo na ideia do direito como produto da inteligência humana.

Para os culturalistas, o direito é objeto cultural, posto que cultura é tudo o que o ser humano constrói a partir de um sistema de valores compartilhados e prevaletentes em uma determinada época. A cultura é retrato de uma sociedade num dado período, são valores, crenças, modos do sujeito, que determinam a forma como eles pensam e interagem com o mundo. Desse modo, sendo o direito campo de conhecimento voltado para a organização da sociedade, também ele se configura como objeto cultural.

A realidade cultural caracteriza-se pelo referimento de valores. A lei daí decorrente envolve uma tomada de posição perante a realidade, implicando o reconhecimento da obrigatoriedade de um comportamento. O culturalismo desloca a concepção do direito estritamente vinculado à norma para uma compreensão do direito enquanto resultado desse espaço chamado cultura. Em outras palavras, o direito seria produto do homem, dotado de valores, perfazendo-se num objeto cultural.

No culturalismo, o aspecto valorativo é considerado como algo que compõe o fenômeno jurídico, não negando esse espaço como o fez o positivismo jurídico. Tratar o direito como objeto cultural é reconhecê-lo como fenômeno que emerge da tessitura de valores de uma dada sociedade, afastando a sua compreensão como elemento exclusivamente racional. A consideração do aspecto valorativo, contudo, dá-se no culturalismo na dimensão conceitual, ou seja, é na definição de norma jurídica que os autores inserem o valor como elemento a compor o referido conceito. Nas principais teorias do culturalismo, a questão não alcança o aspecto prático.

Para essa compreensão, apresentam-se duas teorias de base culturalista, embora com fundamentos e definições diversos. A Teoria Ecológica de Carlos Cossio e a Teoria Tridimensional de Miguel Reale. Ambas guardam em comum a concepção do direito como objeto cultural; portanto, ao contrário dos positivistas, incorporam a dimensão axiológica à definição do direito, mas contém peculiaridades que as singularizam por completo.

Na Teoria Ecológica, Carlos Cossio fala do direito como conduta humana em interferência intersubjetiva e entende a norma como substrato + sentido, ou conduta + valor atribuído a essa conduta. Cossio destaca a dimensão subjetiva caracterizada pela conduta humana, compreendendo a importância jurídica desta na sua interseção com a de outros sujeitos e no valor atribuído pela norma. A dimensão valorativa é parte da definição do conceito de direito, já que a conduta é objeto que se completa pelo valor atribuído a ela pela norma.

O Egologismo, através do seu conceito de direito, inaugura uma definição que revaloriza a dimensão humana, dando solução a uma série de situações que não encontravam resposta no positivismo legalista em seus diferentes matizes⁹⁷. O direito é liberdade fenomenizada, compreendendo-se a princípio que toda conduta é permitida, sendo que, sobre o contínuo de licitudes, a norma vai definindo ilicitudes.

Também a Teoria Tridimensional de Miguel Reale⁹⁸, outra corrente do culturalismo jurídico, define o direito como uma realidade fático-axiológica-normativa, onde os

⁹⁷ São exemplos de situações não explicadas pelo positivismo e que vão encontrar resposta no Egologismo a questão da mudança de jurisprudência, do desuso da lei e das hipóteses de sentença contra legem. Em relação à mudança de jurisprudência, o Egologismo diz que é a prova de que não se interpreta a lei, mas sim a conduta, pois se fosse a lei seria sempre a mesma interpretação, pois esta é estática, não se altera. Interpretando a conduta em seu tempo é que se percebe a mudança na decisão. Já quanto ao desuso da lei, para o Egologismo uma lei entra em desuso porque perdeu conteúdo axiológico e viveu algum tempo sob o apoio do valor ordem. Mas, como o direito é conduta e não norma, sobrevém um dia o desuso. Uma lei em desuso para a Egologia é um pensamento normativo sem o correspondente real, não seria, pois, verdadeira norma porque ausente o elemento da experiência jurídica. Por fim, em relação à sentença contra legem, não aceita pelo positivismo, para Cossio esta não há, mas sim sentença com ou sem força de convicção. Para a Egologia, a verdade jurídica é, pois, a força de convicção. Diz Cossio que prova da existência das sentenças contra legem é que o próprio sistema prevê o recurso para rechaçá-la; se o recurso existe é porque pode a sentença vir a ser confirmada, caso contrário, seria dispensável instrumentar-se o recurso, porque já seria a sentença nula imediatamente. MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 58.

⁹⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

elementos (fato + valor + norma) encontram-se numa relação permanente e dinâmica, a qual Reale denomina de implicação-polaridade⁹⁹. Na Teoria Tridimensional, o direito é resultado do somatório desses três elementos, sendo que nenhum deles se reduz ou se submete ao outro, havendo uma relação dialética, cada um a compor uma interface do fenômeno jurídico, e sem que qualquer deles seja mais importante que o outro.

Reale diz que a norma é vida humana objetivada, sendo que a interpretação e aplicação dela é que irá colocar os elementos que compõem o fenômeno jurídico numa dinâmica a serviço da solução dos problemas jurídicos. Assim, na Teoria Tridimensional a compreensão integral do direito decorre da correlação unitária e dinâmica das três dimensões da experiência jurídica apontadas, que são resultado do entendimento do direito como fenômeno histórico-cultural¹⁰⁰.

Portanto, é de se perceber que, embora no Culturalismo não se despreze o aspecto axiológico, ele está incorporado à dimensão conceitual do fenômeno jurídico. São teorias do direito, pensamentos postos a serviço da definição do conceito de direito, não se convertendo em uma prática imediata. Positivismo e Culturalismo são reflexões jurídicas e não práticas; são modos de pensar o direito, mas que não se convertem necessariamente em formas de atuar ou de expressão do direito, diferentemente dos desdobramentos que terá essa mesma teoria do direito na contemporaneidade.

Um dos principais fundamentos para a defesa da aproximação entre direito e moral na contemporaneidade, superando o paradigma positivista, está no resgate do indivíduo como preocupação central do direito. Passada a segunda grande guerra, o pensamento jurídico passa a ser alvo de críticas por permitir sustentar, com a tese positivista, a possibilidade de sistemas jurídicos atentatórios à dignidade humana. Resgata-se a exigência da proteção à pessoa humana e a relação direito/moral passa a estar no cerne do condicionamento do pensamento jurídico.

⁹⁹ “Segundo a dialética da implicação-polaridade aplicada à experiência jurídica, o fato e o valor nesta se correlacionam de tal modo que cada um deles se mantém irredutível ao outro (polaridade), mas se exigindo mutuamente (implicação), o que dá origem à estrutura normativa como momento de realização do direito.” Ibidem, p. 67.

¹⁰⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

No bojo dessas transformações e da superação do paradigma positivista, alguns autores foram fundamentais para que se revelasse a percepção da necessária relação entre direito e moral. Destacam-se dois deles: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Ronald Dworkin, no livro “Levando os direitos a sério”¹⁰¹, em oposição ao positivismo hartiano, coloca que o direito é composto por regras e princípios e que estes últimos pertencem ao direito por razões morais, não cabendo sustentar a tese de que existe uma nítida distinção entre o direito e a moral.

A teoria de Dworkin, fundamental à filosofia do século XXI, não só permite sustentar a tese da relação entre direito e moral, como também subsidia a temática aqui trabalhada, não havendo oposição total à perspectiva habermasiana, que é elemento teórico primeiro deste trabalho¹⁰². Dworkin, embora reforçando o aspecto substancial das decisões jurídicas e a afirmação dos princípios como regras, à semelhança de Habermas, vê a moralidade comunitária como fator decisivo e que representa a moralidade espelhada nas leis e instituições que a comunidade aceita¹⁰³.

Nesse ponto, o substancialismo de Dworkin converge com o procedimentalismo da teoria habermasiana, já que ambos, embora de posições diferentes, entendem a relação direito/moral como complementar e o elemento humano (comunitário) como espaço fundamental a esse desenvolvimento. Um vê a comunidade como destinatária, o outro como parte do processo.

O enigmático juiz Hércules, desde uma perspectiva pós-positivista, pauta as suas decisões numa liberdade fundamentada em argumentos de princípio. Não há escolha

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁰² Habermas dedica parte do seu volume I de “Direito e Democracia” para tecer comentários à teoria de Dworkin, em especial à figura do juiz Hércules. Habermas vê no modelo monológico um equívoco. Diz ele: “Pois o ponto de vista da integridade, sob o qual o juiz reconstrói racionalmente o direito vigente, é expressão de uma ideia do estado de direito em que a jurisdição e o legislador político apenas tomam de empréstimo ao ato de fundação da constituição e da prática dos cidadãos que participam do processo constitucional. Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitimam os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que a sua própria interpretação diverge de todas as outras.” HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 276.

¹⁰³ Ibidem, p. 197.

entre as suas convicções, baseia-se na moralidade comunitária que está capturada no conjunto do registro institucional que é a sua função interpretar¹⁰⁴. É direito dos indivíduos a aplicação desses princípios.

Quando o juiz Hércules não conseguir captar a moralidade da comunidade em um determinado conceito, deverá observar decisões constitucionais que apliquem esse mesmo conceito e dali extrair a retórica relevante. Trazendo esse entendimento para o contexto das audiências públicas, o que se vê é a Suprema Corte frente a escolhas morais e existenciais, devendo recorrer à moralidade comunitária como forma de aplicar os argumentos de princípio e chegar às decisões legitimadas socialmente.

Alexy¹⁰⁵, igualmente, faz uma crítica ao conceito positivista de direito a partir da tese da separação entre direito e moral. Para Alexy existe uma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral e existem razões normativas em favor da inclusão de elementos morais no conceito de direito. Segundo esse autor, é fundamental a distinção entre a perspectiva do observador e do participante, sendo que a necessidade de incluir elementos morais no conceito de direito interessa apenas quando se adota esta última perspectiva e se fundamenta em três argumentos: o argumento da correção, argumento da injustiça e argumento dos princípios.

O primeiro argumento, da correção, será satisfatoriamente trabalhado nas páginas seguintes, porque é premissa para defesa da institucionalização da ética. O argumento da injustiça decorre de uma retomada da tese de Radbruch, que afirma que uma norma extremamente injusta não é jurídica. Por fim, em relação ao argumento de princípios, entende que sistemas desenvolvidos contêm princípios e que alguns deles são morais (pertencem a alguma moral), de modo que o juiz decide desde o ponto de vista do conteúdo segundo razões morais, ainda que sob o ponto de vista da forma faça segundo razões jurídicas.

¹⁰⁴ DWORKIN, 2007, p. 196.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Direito e moral. Tradução de Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122.

Ambos os autores abriram as portas para a formação de uma percepção da relação necessária entre direito e moral, superando aquilo que foi a tônica da concepção positivista dominante no século XIX e até meados do século XX. Dessas formulações deriva a perspectiva discursiva do direito.

O discurso, como fio condutor da moral pós-convencional que adentra ao direito e à política, mostra-se capaz de possibilitar a convivência de diferentes tradições e formas de vidas socioculturais, algo tão caro na atualidade. A alteridade é construída a partir do discurso que autoriza e, ao mesmo tempo, conscientiza o sujeito participante de que, na convivência com o outro, através do discurso é ele corresponsável pelas consequências de todos.

A moral passa a ser apresentada como fundamento primeiro do direito, não devendo distanciar-se de um pressuposto axiológico que garanta a proteção do indivíduo na sua dignidade. O fundamento, pois, não é de caráter formal, como se deu no positivismo com a tese da separação, mas sim de caráter material e, mais do que isso, estrutural. É estar certo de que o direito não pode ser construído sem ter como base fundamentos morais, pois o contrário disso é a abertura para a justificação de sistemas atentatórios à pessoa humana.

Apel¹⁰⁶, tratando da moral pós-convencional e da perspectiva discursiva, expõe de maneira evidente a impossibilidade de a moralidade ser eliminada das áreas do direito e/ou da política, como quis o positivismo jurídico o século XIX. A eliminação da moral significaria infringir o imperativo ético da corresponsabilidade discursiva pelas consequências de todos, inclusive e justamente das atividades coletivas. Ao contrário, o que pede a moral pós-convencional é que os indivíduos se sintam responsáveis ou corresponsáveis, e que isso se dê através do discurso organizado.

A moral não é vista como algo externo ao direito, suprapositivo. Compreende-se como parte do direito positivo, sem se converter nele. A moral e o direito aparecem como dimensões distintas e co-originárias da razão prática. Há entre elas uma relação de

¹⁰⁶ APEL, 2004a, p. 110.

complementaridade sem que uma prepondere sobre a outra. Ainda que se sustente a impossibilidade de uma ordem jurídica que contrarie a ordem moral, não seria uma moral específica, conteudista, a fundamentar normativamente o direito, mas princípio moral que subsidia a própria co-originariedade do direito e da moral. É vista como fundamentação e aplicação de possíveis conteúdos normativos, de modo que direito e moral se controlam mutuamente.

Na razão prática, direito e moral se apresentam como co-originárias através do discurso. É na dimensão discursiva que os dois elementos convergem e justificam as formas do direito na pós-modernidade. Direito e moral, discursivamente relacionados, implicam ainda o reconhecimento recíproco dos sujeitos do discurso como portadores de iguais direitos e, portanto, corresponsáveis. Para Apel¹⁰⁷, o reconhecimento mútuo é fundamental para se pensar o princípio do discurso e, por consequência, afirmar a relação entre direito e moral. A relação intersubjetiva é que concretiza a possibilidade de equilíbrio porque com condições iguais de direitos para os partícipes e tendo como resultado prático direito e moral em relação direta.

Não há como negar espaço aos valores no direito. É ele construído na tessitura do diálogo social, prene de referências axiológicas próprias das relações múltiplas entre os indivíduos e dele extrai as suas “verdades”. Serve ao direito a abertura argumentativa sob o crivo do procedimento, permitindo a consideração de argumentos morais e procurando aproximá-la da realidade, a torná-lo mais efetivo.

Reconhecida a relação direito/moral, as teorias contemporâneas se preocupam ainda em identificar de que maneira ela se dá, já que a moral quando incorporada ao direito não é feita de modo ilimitado. São estabelecidos alguns parâmetros ao recurso à argumentação moral decorrentes do próprio discurso jurídico institucionalizado. São esses limites:

a) **Metodicamente através da ligação com o direito vigente** – A simples conexão com o direito vigente, o compromisso com o que está posto é meio de

¹⁰⁷ APEL apud OLIVEIRA, 2004, p. 159.

controle da moral quando ingressa no direito. O argumento moral não ingressa no direito sem uma ligação com o direito vigente; o que ocorre é o recurso ao argumento moral como complemento para uma possível fundamentação e decisão judicial, impondo ao argumento moral um tratamento institucionalizado pelo limite normativo e pela metodologia de aplicação, que exige como justificativa mínima nos mostrar como a moral está conectada ao direito em vigor no país. Também a presença dos princípios é prova dessa conexão, sendo esses, em verdade, forma de incorporação da moral à estrutura ordenada de normas.

b) **Objetivamente em relação a temas e encargos de prova** – Outro requisito a controlar os argumentos morais refere-se ao sistema probatório. A necessidade de composição da prova e as exigências legais e até principiológicas a ela referentes já são por si só outra fronteira a ser respeitada para aplicação ou uso de argumentos morais. A incorporação do argumento moral ao processo e a sua institucionalização não podem ser alheias aos requisitos objetivos do processo judicial, neles tendo o sistema de provas participação determinante e se constituindo naturalmente num outro limite endoprocessual ao uso de argumentos morais.

c) **Socialmente em relação aos pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis** – Mais um limite à argumentação moral diz respeito ao aspecto extraprocessual, ou seja, à forma como o processo atinge os sujeitos envolvidos, havendo exigências quanto à participação, respeito a imunidades e distribuição equitativa de papéis. Não pode o uso do argumento moral desnaturalizar o modo como o direito atinge aos sujeitos envolvidos no processo. Em relação a este item, considera-se aplicável as observações feitas à audiência pública, que serve aqui como referência maior para a compreensão desse limite social ao uso do argumento moral. Ao mesmo tempo em que se sustenta a relevância da admissão de argumentos morais e a possibilidade de através dele se institucionalizar a ética, também há a compreensão de que essa incorporação deve absoluto respeito às regras de participação, de contraditório e equilíbrio participativo no processo. Caso contrário, ao invés de aprimorar a aplicação da lei e o alcance da igualdade e justiça, servirão os argumentos morais para a relativização do direito, para o desequilíbrio processual e insegurança jurídica gerada pela decisão judicial.

d) **Temporalmente em relação aos prazos da decisão** – Por fim, o aspecto temporal também se apresenta como limite explícito à incorporação da moral. Toda e qualquer argumentação utilizada está sujeita ao espaço temporal para conclusão do processo, para que reste assegurado o direito à efetividade do Poder Judiciário na solução das celeumas postas. Assim, o uso de argumentos morais no decorrer do processo deve atender aos limites de prazo para a sua aposição e discussão entre as partes. Não se admite que, por ser o argumento moral de natureza importante diversa daqueles fundados em regras jurídicas, tragam-se para o processo dimensões temporais mais extensas e que imponha a qualquer das partes direta ou indiretamente envolvidas a espera pela efetivação da justiça. Por essa razão, a relevância da questão procedimental a ser desdobrada nas páginas seguintes é necessária diretriz para a institucionalização da ética.

Assim, na perspectiva contemporânea, direito e moral se encontram numa relação de complementaridade, já que se referem aos mesmos problemas: a regulação legítima das relações interpessoais, a coordenação de ação mediante normas justificadas e a solução consensual de conflitos com base em regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente. Prevalece, pois, a compreensão de que uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradisser princípios morais fundamentadores do próprio sistema jurídico.

4.2 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA

4.2.1 Da definição de institucionalização

Para sustentar a existência de premissas para a institucionalização da ética, cumpre esclarecer o conceito de institucionalização.

A institucionalização decorre do hábito, é resultado de tipificações recíprocas de ações habituais realizadas por atores¹⁰⁸. Assim, um dos elementos que produzem a institucionalização é a historicidade, ou seja, as tipificações não são instantâneas, são criadas no curso da história, de modo que não há como se entender uma instituição sem entender o processo histórico em que foi produzida.

Cabe desde já um adendo para relacionar essa conceituação com o instituto aqui estudado. Sustenta-se, ao longo deste trabalho, que as audiências públicas do STF institucionalizam a ética porque no curso delas há reciprocidade de ações entre os atores participantes, que, valendo-se de argumentos morais, consolidam posições. Esta ação recíproca repetida e desenvolvida ao longo do tempo gera também a historicidade necessária para que possamos falar em institucionalização como resultado final.

Outra característica da institucionalização é o controle. As instituições, pelo simples fato de existirem, controlam a conduta humana estabelecendo padrões previamente definidos¹⁰⁹. Também esse resultado pode ser vislumbrado no instituto aqui estudado, tanto pelos limites procedimentais, como pelo resultado último da sentença que recai sobre os sujeitos, impondo formas específicas de ação e, portanto, exercendo controle. A conversão do moral no jurídico já lhe garante o caráter coercitivo, decorrência imediata da coercitividade da norma.

Calmon de Passos¹¹⁰, por sua vez, diz que as instituições apenas são reais na medida em que são realizadas por indivíduos, ou seja, o substrato humano é tão determinante

¹⁰⁸ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p.75.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 77.

¹¹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v 1, n. 7, outubro de 2001, p. 6. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-CALMON-PASSOS.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

para a existência das instituições, quanto para os resultados por elas produzidos, que retornam aos próprios sujeitos. São os indivíduos que dão realidade, existência e que representam as instituições.

No espaço de abertura discursiva, o cidadão, aquele que é governado sem ser oprimido¹¹¹, retoma para si a possibilidade de influenciar diretamente nas decisões do Estado, colaborando com o Poder Judiciário através do exercício livre e consciente da formulação de argumentos. É no espaço institucional que se faz possível o desempenho desse papel social, qual seja: o papel político de cidadão.

É importante a chamada sedimentação intersubjetiva, que ocorre quando vários indivíduos participam de uma biografia comum e cujas experiências se incorporam em um acervo comum de conhecimento. Esse processo é socializável desde quando se torna possível o compartilhamento das experiências, tendo a linguagem papel determinante.

A experiência convertida em linguagem objetiva o conhecimento, permitindo que seja experimentado por todos quantos desejem. Esse modo de transmissão do saber que se principia pela troca de experiências entre sujeitos e ganha objetividade através da linguagem é elemento vital para o que se denomina institucionalização.

A audiência pública também oferta espaço para essa característica da institucionalização quando parte do seu resultado se origina das trocas de experiências dos sujeitos partícipes vertidas em linguagem no espaço da liberdade comunicativa do procedimento. O que nos permite dizer que há institucionalização é exatamente porque os argumentos subjetivamente construídos ganham objetividade e obrigatoriedade no espaço procedimental que culminará na sentença.

No que diz especificamente respeito ao direito, a noção de instituição traz em si o caráter regimentado dos procedimentos jurídicos de resolução de disputas¹¹². Ou seja,

¹¹¹ Ibidem, p. 7.

¹¹² ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 24.

a imposição de limites temporais e a adoção de uma decisão obrigatória. Institucionalizar vem a significar a adequação do discurso moral às exigências e limites típicos do direito, possibilitando o seu caráter de obrigatoriedade. Em comum na ideia de instituição está a noção de conjunto de meios orientados a um fim ou à realização de certas funções.

Atienza¹¹³, ao falar do conceito de instituição numa referência ao sistema jurídico, diz que as normas são como tijolos a formar um edifício legal, enquanto as instituições são os vários elementos daí decorrentes (salas, quartos, corredores). Complementa que o conceito de instituição abarca também o aspecto funcional que, de certo modo, falta nas normas. O que define as instituições são os objetivos, as necessidades sociais, os valores a que elas obedecem. Por fim, fala da questão da permanência como sendo também uma característica das instituições, de modo que as mudanças em sua regulação e/ou a mudança de pessoas que detêm o poder sobre as regras não implicam necessariamente uma troca na instituição.

A concepção institucional do direito enfatiza a importância dos princípios (que expressam diretrizes e valores), vincula o plano das normas com o da ação social e destaca a ideia de coerência, da não contradição axiológica ou funcional. A existência dessas instituições é que permitiria tomar decisões e a possibilidade de argumentar racionalmente em favor das mesmas, a respeito de problemas que em outras circunstâncias estariam sem solução. Considerar uma decisão no contexto institucional é fundamental para o seu controle e avaliação, bem como para evitar ou separar argumentos que não passem por esse filtro institucional. O resultado desse percurso é o que se sustenta ser a institucionalização da ética.

Institucionalizar é, portanto, extrair de um estado aleatório e dar ao argumento, no caso aqui abordado, finalidade específica garantidora do cumprimento dos objetivos esperados. É passando pelo filtro jurídico que o argumento moral ganha institucionalidade e torna-se apto à resolução de conflitos. Assim, a institucionalização é condição necessária para a superação dos déficits operativos do discurso moral¹¹⁴.

¹¹³ Idem, 1993, p. 50.

¹¹⁴ ATIENZA, 1993, p. 31.

4.2.2 Institucionalização da ética: diretrizes

A institucionalização da ética, como é sustentada ao longo deste texto, quer expressar possibilidade de dar a ética o caráter institucional, portanto, o caráter de permanência, de oficialidade, de objetividade, valendo-se que isso ocorre no bojo do procedimento judicial em que é dada a oportunidade à sociedade da formulação de argumentos morais através do mecanismo da audiência pública.

Para que esse processo de institucionalização ocorra, sugere-se, contudo, que são necessários alguns requisitos ou premissas funcionais a serem observados para que efetivamente o argumento de caráter moral se converta numa ética institucionalizada, ganhando obrigatoriedade no bojo da sentença proferida ao final do processo. Esses requisitos não estão expressos em qualquer texto legal, pois são fruto de um exercício reflexivo para buscar colaborar com a justificação racional do processo de institucionalização.

Deseja-se, pois, que a incorporação ou consideração dos argumentos morais formulados ao longo das audiências públicas realizadas pela Suprema Corte se dê a partir da percepção de que algumas premissas devam ser respeitadas, especialmente em consideração ao caráter do direito e à necessidade de legitimação da decisão. São requisitos necessários à racionalidade da decisão judicial: o discurso como espaço de liberdade comunicativa; a pretensão de correção do direito; o consenso como teleologia da decisão e o procedimento como condição necessária.

Na sequência analisaremos cada uma das premissas elencadas e depois retornaremos à consideração da institucionalização da ética.

4.2.2.1 Do discurso como espaço de liberdade comunicativa

O espaço do discurso é elemento primeiro para sustentar-se a institucionalização da ética, porque sem ele não haveria abertura para consideração de argumentos morais. O discurso resulta do uso da linguagem e da necessidade de chegar ao outro através de argumentos que pretendem o convencimento. É a liberdade de comunicação.

O termo liberdade comunicativa refere-se especialmente às condições objetivas em que se desenvolve o diálogo dirigido ao consenso. A liberdade se constitui não só na possibilidade de formulação de argumentos, adstrito apenas aos limites procedimentais, mas também pelas possibilidades abertas a cada um dos participantes de refutar as razões do outro.

A liberdade comunicativa é premissa fundamental para a realização de um projeto democrático e da possibilidade de dentro deste projeto afirmar-se a institucionalização da ética. Se não houvesse a chance de os indivíduos livremente produzirem suas razões e com isso ofertar argumentos morais no espaço do procedimento, tornar-se-ia impossível, ao final, sustentar a institucionalização da ética. As audiências públicas, conforme estão na legislação analisada, são prova de como a liberdade comunicativa promove o princípio democrático e colabora para a consideração de aspectos éticos na decisão final enquanto resultado produzido pela pluralidade argumentativa.

A liberdade comunicativa se constitui na possibilidade de se posicionar frente aos proferimentos de um oponente e às pretensões de validade levantadas, dependendo sempre de um reconhecimento intersubjetivo.

Para Habermas¹¹⁵, os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Quanto mais o que se discursa for do interesse de todos, maior a força das razões para o convencimento dos sujeitos. Associa-se a isso a disposição para cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis¹¹⁶.

¹¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 63.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

O discurso serve para o compartilhamento de símbolos, crenças, valores, é forma de ação no mundo e constitui modo de exercício da liberdade, no caso, a liberdade comunicativa. É forma de interação social que pode levar ao consenso desde que asseguradas as condições procedimentais para o equilíbrio do diálogo.

A prática pública do poder comunicativo é autorreferencial, ou seja, com cada contribuição importante os discursos devem manter vivos tanto o significado de uma esfera pública política não falseada, como também o objetivo de formação democrática da vontade. Essa autorreferencialidade revela o ritmo da expectativa de uma auto-organização soberana da sociedade que tenha sido historicamente retirada. A ideia de soberania popular é dessubstancializada e dissolvida intersubjetivamente. Definido o fluxo comunicativo, a soberania se faz sentir no poder dos discursos públicos.

Na compreensão habermasiana, o discurso tem o intuito de assegurar a validade das proposições de fala. Isto porque, rotineiramente, travamos diálogos, conversas habituais em que a validade do que falamos não é questionado. Quando posto em xeque a validade do que se fala, aí entra em cena diálogo empenhado na argumentação racional que busca o convencimento quanto à validade do que se sustenta. No discurso, pois, há uma busca pela adesão ao argumento de quem fala, há uma revalidação das normas quando elas são compreendidas, respeitadas e aceitas por todos os integrantes de uma situação dialógica como sendo justa e boa¹¹⁷. É, assim, questionamento das aspirações de validade, onde o que prevalecerá é o melhor argumento apto a convencer os membros do grupo.

Da liberdade comunicativa provém o discurso e com ele uma forma de incorporação de paradigmas éticos que acabam por naturalmente emergir da fala de quem discursa. A ética deriva das condições reais de vida dos sujeitos responsáveis e partícipes do diálogo. Assim, o que é levado às audiências públicas são formas de ver o mundo convertidas em argumentos para a colaboração na busca da verdade dialógica. Embora livre a comunicação, existe a ideia reguladora do alcance do consenso, sendo

¹¹⁷ FREITAG, 2005, p 191.

no caso das audiências públicas este consenso conotado pela solução do conflito jurídico e produção da sentença.

O discurso no universo da institucionalização da ética é o substrato para resguardar a possibilidade do resultado prático, é o conteúdo expresso nos argumentos trazidos à tona no bojo da audiência pública (procedimento) e que deverão culminar na sentença judicial (consenso).

4.2.2.2 Da pretensão de correção do direito

A pretensão de correção é um dos fundamentos do direito na compreensão contemporânea e deve aqui ser entendido como limite à atividade judicial, em razão da exigência da adequada racionalidade da decisão judicial. Significa a aceitabilidade racional apoiada em argumentos. Embora o direito fale em condições de validade do juízo, para saber se estas estão preenchidas, necessário se faz o discurso enquanto caminho que se desenrola argumentativamente. Mostra-se com isso a relação necessária que se estabelece entre a teoria da argumentação, discurso jurídico e pretensão de correção do direito, já que esta última se apresenta como condição para o discurso e para a estrutura argumentativa nele desenvolvida, que deve ser racionalmente aceito.

É uma pretensão geral vinculada com qualquer direito. É a base para a construção de uma linguagem, porque leva os interlocutores a comportarem-se afirmando assertivas. Se renunciássemos à pretensão de correção, nossa linguagem mudaria essencialmente, pois passaria a ser somente sentimentos e opiniões, ao invés de juízos e afirmações. Tudo seria subjetivo e impossibilitaria o desenvolvimento eficaz do diálogo.

Para que o direito cumpra a sua pretensão de correção, vale-se de argumentos discursivamente explicitados. Esta pretensão de correção não é demonstrada

empiricamente, através de dados, mas pelo recurso ao discurso argumentativo onde são resgatadas as razões para falar-se em correção da norma ou do juízo normativo.

Robert Alexy¹¹⁸ diz que a pretensão de correção é um objetivo do direito, quando justifica a intrínseca relação deste com a moral. O direito tem a pretensão de correção e, para isso, acaba por abarcar princípios morais. Estes, por sua correção, são incorporados no direito por uma regra de conhecimento como “prática normativa convencional”¹¹⁹. É o chamado “positivismo inclusivo”¹²⁰.

É conexão entre direito e moral, pois se define como um limite externo naquelas hipóteses em que se é obrigado a trabalhar com a textura aberta do direito. A textura aberta do direito, termo cunhado por Hart¹²¹, deriva, entre outras razões, da linguagem própria do direito, da possibilidade de contradições normativas e da falta de normas. Nessas situações o juiz ganha amplitude para a definição de sua decisão e encontra na pretensão de correção, enquanto exigência do direito, um limite externo à margem de flexibilidade derivada do direito.

A pretensão de correção é jurídica e não apenas moral, em razão da inexcedível conexão com a decisão judicial. Daí sustentar-se o entendimento desta como um dos critérios de institucionalização da ética, já que cumpre esse papel de mediação entre o exclusivamente jurídico e o moral. É requisito a ser considerado para que se faça uso dos argumentos extrajurídicos como parte da fundamentação da decisão, servindo a pretensão de correção como um norte para o modo de definição da sentença.

Também passa a noção de correção do direito pelo atendimento às leis, caso contrário não se poderia falar em decisão racionalmente motivada, sendo essa, por exemplo,

¹¹⁸ ALEXY, 2010.

¹¹⁹ Ibidem, p.117.

¹²⁰ Écio Oto Ramos Duarte e Suzanna Pozzollo explicam que “a tese central do positivismo inclusivo indica que quando os juízes apelam a determinados padrões morais na resolução dos casos jurisdicionais suscitados, em verdade, terminam por incorporar ditos conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido”. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna, Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006, p. 46.

¹²¹ HART, 2009.

uma das diferenças para os juízos morais¹²². A correção se encontrará atendida tanto pela base legal do fundamento, como também pelo cumprimento das leis referentes aos procedimentos. Assim, ou pelo fazer, ou pelo conteúdo da decisão cumpre ela o objetivo de correção quando do atendimento à lei.

Inclui ainda considerações gerais de conveniência, concepções transmitidas sobre o bem e o mal e considerações de justiça. A pretensão de correção abarca aquilo que está na sociedade e que é nutrido pelos indivíduos, mas também o que é da sociedade, como os costumes e tradições e as considerações de justiça, referindo-se às ideias de equidade e, principalmente, alteridade.

Portanto, a pretensão de correção deve ser entendida como limite e mediador na relação direito e moral. O que permite sustentar a consideração do argumento moral juridicamente e a sua institucionalização através da decisão é a sua correção material. É disto que deriva o dever jurídico de considerá-los.

A correção material, juntamente com a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, respaldada pelas sanções, é elemento definatório do direito. Se o direito promulgado e eficaz formula necessariamente a correção material e com ela a moral, então desta maneira a moral pertence ao direito (que não é o dos positivistas). Se a lei está necessariamente ligada com uma pretensão de correção, a lei consiste em mais do que a pura facticidade do poder, ordens apoiadas por ameaças, hábitos ou coerção organizada. Sua natureza compreende não só o lado factual ou real, mas também uma dimensão crítica ou ideal¹²³.

Outro ponto que é válido destacar é que a pretensão de correção, como o próprio nome diz, é uma pretensão e não uma certa correspondência com a realidade social. O fato do direito trazer uma pretensão de correção não significa que esta se concretize, ou seja, não significa que ele realmente seja justo. Não há, pois, uma relação necessária entre o ideal e o real. A pretensão não fundamenta nenhuma

¹²² HABERMAS, 2003a, vol. I, p. 289.

¹²³ ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary connexion between law and morality: bulynin's critique. *Ratio Juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of Law*. v. 13, n. 2, June 2000.

correspondência substantiva entre direito e moral. Não implica na afirmação de uma moral compartilhada por todos, ao contrário, é compatível com a disputa moral¹²⁴.

Também se extrai que a não satisfação da pretensão de correção não privaria o direito nem do caráter de direito, nem da realidade jurídica, vez que se trata de uma pretensão. Esta conclusão pode ser utilizada como argumento contrário à pretensão, mas, se assim o for, cometer-se-ia um equívoco, porque a simples pretensão cumpre uma função, como já dito, de limite externo que por si só é de grande importância, não obstante a incerteza de sua concretização.

A pretensão de correção não impede a existência de direito injusto, pois continuaria ele a ser válido e eficaz, contudo, é muito mais fácil denegar o caráter de direito à extrema injustiça se todo direito formular uma pretensão de correção¹²⁵. Cumpriria papel essencial na fundamentação da tese de que a extrema injustiça não é direito. E mesmo nos casos em que não for injustiça extrema a pretensão de correção cumpre função que é apontar a dimensão ideal e que serve para questionar, por exemplo, as sentenças injustas. Assim, embora o direito seja válido e eficaz, não é ele ideal com base na pretensão de correção.

Alexy, em outro trabalho¹²⁶, buscando esclarecer o conteúdo da pretensão de correção, formula três argumentos: 1) O que significa que o direito promove uma pretensão? 2) O que deve ser entendido sob a necessidade da pretensão? 3) Em que consiste o conteúdo da pretensão, a correção?

Para a primeira pergunta, diz ele que a pretensão de correção do direito abarca a afirmação da correção através das leis e decisões judiciais, implicando uma garantia de “fundamentabilidade” e de esperança, assim entendido como o fato de que cada um que se põe no ponto de vista do sistema respectivo e é racional, reconhece o ato

¹²⁴ ALEXY, 2000, p. 143.

¹²⁵ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005, p. 51.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 20.

jurídico como correto¹²⁷. É aquela dimensão ideal que foi mencionada e que justifica a pretensão de correção como limite externo.

Explica o referido autor, ainda, que a pretensão de correção somente é de interesse para o conceito de direito quando, necessariamente, está unida com o direito. “Pudesse o direito tanto promover, como não promover essa pretensão, tratar-se-ia nela somente de uma das numerosas qualidades contingentes do direito”¹²⁸. Daí a pretensão de correção como uma necessidade do direito, porque recurso à validade do seu discurso. Funciona como modo de controle da racionalidade do discurso.

E, por fim, ao falar do conteúdo da pretensão, a correção, o autor explica que o discurso jurídico pode ter conteúdos distintos, a depender se é referido a uma lei ou a uma decisão judicial, porém, em ambos, há uma pretensão de fundamentabilidade, ou seja, a necessidade de fundamentação de normas gerais ou individuais, portanto, questões normativas ou práticas. O conteúdo seria, pois, a necessidade de fundamentação, ou um dever jurídico de decidir corretamente.

Do conceito de pretensão de correção como dever jurídico de decidir corretamente é que se entende estar o limite à atividade jurisdicional. Com as mudanças na Teoria do Direito cresce a preocupação com o dever de construir, interpretar e aplicar corretamente o Direito, procurando sempre alcançar o maior grau de correção possível. Não que esta preocupação não fosse presente, mas ela é muito maior à medida que houver a valorização do espaço do discurso no direito, implicando numa margem de abertura que, ao mesmo tempo que permite maior efetividade da decisão jurídica, passa também a exigir maior demonstração de que se age de maneira correta.

O princípio da moralidade que é trazido para dentro do Direito por meio da pretensão de correção, vale como um princípio geral dos ordenamentos jurídicos¹²⁹ e como um guia à tarefa dos juízes que não estão, por essa razão, livre de amarras. A

¹²⁷ ALEXY, 2011, p. 21.

¹²⁸ Ibidem, p. 21.

¹²⁹ BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p.166.

consideração desse aspecto moral, no caso aqui analisado pela via argumentativa, é que nos permite pensar na institucionalização da ética.

Assim, na composição atual do Direito, está a responsabilidade em trabalhar em favor de um modelo de fundamentação onde será possível estabelecer um enunciado controlável racionalmente, mesmo que no exercício plausível da atividade criativa do juiz. Não significa imaginarmos que estaremos livres das arbitrariedades, sempre passíveis de ocorrer quando se trata do raciocínio prático, mas que funciona a pretensão de correção como um limite racional que controlará a decisão.

Atienza traz interessante posicionamento quando fala que existem diferentes níveis de justificação e que nas decisões judiciais trabalha com a ideia de “justificação contextualmente suficiente”, ou as razões suficientes à decisão. Estas não estariam, contudo, livres da “derrotabilidade”, ou seja, da possibilidade de serem desconstituídas¹³⁰. Livre da derrotabilidade, explica o autor, só as justificações últimas, que são as filosóficas. As justificações contextualmente suficientes são o intermédio entre a justificação última e a descrição empírica e são, sim, passíveis de serem derrotadas.

De modo que não significa que o juiz atue como oráculo que jamais erra ou possa errar; ele trabalha como gente, mas com a responsabilidade implícita de apresentar “justificação contextualmente suficiente”, que o livre do erro de origem pelo descumprimento daquela que é a sua obrigação por excelência.

Assim, a correção se produz não apenas através do processo, mas no processo, e é forma de limitação e controle da atividade judicial. Saber da pretensão de correção como caractere do direito, ajuda a afastar a errônea ideia de que a atuação criativa do juiz é ilimitada e não está passível de análise e invalidação.

Retomamos a ideia de que o direito contemporâneo firma-se na comunicação, na linguagem, na solução construída argumentativamente, sendo os partícipes do processo fundamentais para o cumprimento pelo direito da função de solução de

¹³⁰ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aleksander Peczenick. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, 1999, p. 665.

conflito. A relação que se procura demonstrar é de nexos entre a pretensão de correção do direito, democratização do Judiciário e institucionalização da ética, aparecendo esta última como decorrência lógica das condições anteriormente mencionadas. A pretensão de correção é premissa inafastável para que se possa efetivamente falar em institucionalização da ética, já que nela reside a condição para a admissão de argumentos morais e a sua inclusão nas sentenças.

4.2.2.3 Do consenso como teleologia da decisão

A argumentação racional de uma decisão busca alcançar o consenso, assim entendido como a legitimação social da decisão. O estudo do instrumento das audiências públicas e o seu recurso como meio para aprimoramento da decisão judicial permite afirmarmos o consenso como objetivo necessário à decisão. É requisito a ser posto na perspectiva da abertura argumentativa.

Funciona como ideia reguladora para procedimentos discursivos tendentes à solução de conflitos. Dessa maneira, aqueles partícipes do processo que pretendem colaborar com argumentos devem assumir uma posição eticamente responsável de busca do consenso. Funcionaria ele como regulação para comportamento desejável na área do discurso. Ao invés da disputa pelo melhor argumento, o jogo de argumento a argumento para alcance do consenso.

A ideia do consenso deve estar sempre fundada em alguns pressupostos capazes de garantir o alcance do resultado. São eles: a racionalidade da argumentação e a intersubjetividade.

Em relação ao primeiro pressuposto, explica Karl-Otto Apel¹³¹ que a racionalidade da argumentação é que assegura que os argumentos sigam, no discurso comunicativo,

¹³¹ APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da “teoria crítica”: recorrendo à eticidade do mundo da vida. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004b, p. 45.

regras que possibilitem chegar a um consenso, inclusive com a avaliação obrigatória para todos das consequências apuradas. Daí sustentar-se que o consenso vem acompanhado da pretensão de correção, enquanto limite externo à atividade argumentativa, ou uma exigência ética à liberdade na produção de argumentos, também acompanhado das regras procedimentais, enquanto limite formal para os sujeitos participantes do processo argumentativo. São essas exigências que permitem falar em argumentação racional e, por decorrência, permite sustentar o alcance do consenso, ainda que contingente.

A segunda premissa para pensarmos em consenso é a intersubjetividade, ou a relação sujeito/sujeito, própria da concepção do direito fundado no discurso. O consenso não é fruto de elementos impessoais, como resultado único da aplicação de uma racionalidade isolada. O consenso decorre exatamente da possibilidade dos sujeitos se encontrarem e exercerem a liberdade da formulação de argumentos, medindo consequências e rearrumando verdades pessoais que passam a ser verdades compartilhadas, quando e se do alcance do consenso¹³².

A intersubjetividade proporciona a compreensão valorativa, portanto, não neutra e derivada do entendimento na qualidade de formação do consenso. A transmissão de sujeito a sujeito do que se pensa e se deseja do mundo proporciona a elaboração e vivência partilhada das relações humanas. O mundo da vida ganha, por essa razão, relevância no pensamento habermasiano, porque tem uma racionalidade própria, diferente da racionalidade da ciência, mas apta a gerir relações cotidianas¹³³. É espaço fundamental para se sustentar a formação de consensos derivados do compartilhamento de valores e através de discursos livres e racionais.

A formulação de argumentos gera entre os sujeitos um estado reflexivo de avaliação das razões e contrarrazões elaboradas na defesa ou rechaço da ideia que se sustenta, substitui o sujeito solitário de conhecimento (herança da ética kantiana)¹³⁴ pelas

¹³² “Cada participante numa práxis de argumentação têm, justamente, que antever de forma pragmática que, em princípio, todos os indivíduos possivelmente atingidos poderiam participar como livres e iguais, numa procura cooperativa da verdade, na qual somente a coesão ao melhor argumento teria a possibilidade de vencer.” HABERMAS, 1986, p. 57.

¹³³ MURICY, 2015, p.13.

¹³⁴ MURICY, 2015, p. 80.

relações comunicativas que lastreiam a vida social e que, nesse caso, são trazidas ou postas como condição das audiências públicas.

Desse modo, vê-se que o consenso decorre da intersubjetividade e da possibilidade de no conjunto das arrumações argumentativas alcançarem a convicção em torno do discurso proferido na decisão judicial. É a sentença que vai converter o debate produzido no contraditório em texto público, com a responsabilidade daí decorrente.

Com a ampliação da atividade judicial e o exercício criativo do Judiciário, deverá o juiz não só se preocupar com a racionalidade endoprocessual, mas também com o efeito prospectivo e social que terá a decisão, já que esta não se esgota no limite das partes. Assim, o consenso em torno da decisão apresenta-se como objetivo da atividade judicial, defendendo-se a ideia de que é ele alcançado através da participação democrática dos sujeitos no processo.

O consenso é a verdade de um sentido discursivamente construído, o que reforça a ideia de legitimidade, já que nele estariam a receptividade e a aceitabilidade do enunciado sentencial, mais precisamente a *ratio decidendi*¹³⁵. O consenso, no sentido habermasiano que aqui é compartilhado, parte do pressuposto de que é preciso uma argumentação real, da qual participem cooperativamente os concernidos. Só um processo de entendimento mútuo intersubjetivo pode levar a um acordo que é de natureza reflexiva; só então os participantes terão certeza de que chegaram a uma convicção comum¹³⁶.

Podemos acrescentar a esse sentido a compreensão de que ao juiz cabe a função institucionalizante desse procedimento de compreensão intersubjetiva. Em outras palavras, concretizado o entendimento pela possibilidade de participação e

¹³⁵ A *ratio decidendi* é a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados que são determinantes para a situação e que podem servir de paradigma para futuras decisões. São as razões de decidir que vão operar vinculação, extraíndo-se uma regra geral que aplica-se a outras situações semelhantes. É a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, vol. II, p.388.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 88.

argumentação das partes, a decisão judicial coroa o desenvolvimento do processo pretendendo por fim ao conflito e garantir a correção da decisão.

O consenso, assim como a pretensão de correção, não é definitivo nem incorrigível¹³⁷, mas oferece até a sua falsificação a certeza de que necessita o discurso jurídico para por fim aos conflitos levados a juízo, bem assim àqueles semelhantes que venham a se apresentar. O aspecto contingencial do consenso, é válido observar, não acarreta descrédito à sua função na dimensão discursiva. É ele contingente porque relacionado a situações concretas, não se podendo em relação a elas formular princípios universais ou consensos inabaláveis.

A própria sazonalidade da situação tratada imprime aos consensos nela alcançados a condição de serem suficientes para aquela circunstância ou naquelas condições, de modo que o consenso não persevera se modificados substancialmente os pressupostos gerados. Apel¹³⁸ dá como exemplo os “princípios de justiça” de Rawls, que se tornam passíveis de consenso quando este é formado considerando as condições contingenciais que o geraram. Os princípios são aceitos porque resultantes de um consenso proporcionados por dada condição da sociedade. Alteradas as condições determinantes ao consenso, não se pode garantir a sua subsistência.

O consenso legitima a decisão judicial e, para isso, fundamental estar alicerçada no conjunto de argumentos construídos ao longo do procedimento. É a somatória desses elementos que ajuda a afirmar como racional a decisão judicial ainda que não fundamentada em regras jurídicas, ou somente nelas. A possibilidade da construção do entendimento sentencial a partir dos argumentos coletados ao longo do procedimento e arrumados de modo a alcançar o consenso do auditório a que se dirige.

Para o consenso, Habermas coloca como exigências: a) todo aquele que possa contribuir para o discurso não deve ser excluído; b) a todos os participantes é assegurada igual oportunidade; c) todos devem acreditar no que afirmam,

¹³⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 429.

¹³⁸ APEL, 2004b, p. 59.

sustentando pretensão de veracidade; d) deve estar ausente de influências externas, a única motivação deve ser o melhor argumento. Essas condições sugeridas por Habermas estão em consonância com o que foi colocado nas observações críticas às audiências públicas. A base para o consenso é essencialmente humana, ou seja, centra-se primordialmente nos sujeitos e nas suas relações no desenvolvimento do processo, na formulação dos argumentos e garantia da equidade na participação e resultado produzido.

Assegurada as condições apontadas, a decorrência lógica deve ser o consenso em torno da decisão e, por consequência, a sua legitimidade para solucionar o conflito do processo em que é emitida e aqueles subsequentes que com ele guardem uma relação de semelhança e exijam idêntico entendimento. O juiz estaria, dessa forma, resguardado pelo cumprimento da sua função e pela possibilidade de demonstração da plausibilidade das suas razões, mesmo que no exercício criativo.

É limite implícito à atividade judicial, pois embora não venha afirmado como necessidade premente do julgador, acaba na prática sendo uma necessidade da decisão alcançá-lo, de forma a pacificar em torno do dispositivo sentencial. O juiz deve se preocupar em garantir a legítima expectativa da correção da decisão consensualmente formada porque resultado da participação cooperativa dos interessados, sendo o consenso, por essa razão, também forma de controle da atividade judicial.

4.2.2.4 Do espaço procedimental como condição necessária

O procedimento é elemento normativo a balizar a liberdade discursiva e assegurar a possibilidade de converter o argumento ético em fundamento racional da decisão jurídica. Resguarda em uma linha temporal, social e material, o quadro institucional para o desdobramento discursivo. O procedimento de que se fala a propósito de afirmar a institucionalização da ética, é o procedimento valorativo, que oferece liberdade discursiva aos sujeitos processuais, mas impõe a eles poderes, faculdades

e deveres, coordenando suas atividades, tudo com vistas a que seja atingida a finalidade última do processo, que é ofertar decisão socialmente legitimada.

O valor da dimensão procedimental é a possibilidade de coagular os indivíduos em torno da forma de agir. A uniformidade quanto ao proceder permite, por exemplo, que convivam as diferentes opiniões políticas e jurídicas quanto a valores e interesses, sem que isso gere conflito e chegando a um denominador comum, no caso aqui analisado, a decisão. Portanto, o procedimento é parte legítima e indispensável do chamado Estado democrático de direito, assegurando na complexidade da sociedade atual, a possibilidade de participação e coexistência das diferenças, sem impedir a conclusão do processo.

O procedimento, ao mesmo tempo em que é garantia, é também estrutura intrínseca da normatividade estatal. É instituição do Estado democrático de direito porque estabelece as regras a serem utilizadas para a realização da democracia. Tem por finalidade efetivar a justiça e a liberdade e desse modo funcionar como instrumento a corrigir eventuais falhas do próprio direito¹³⁹. É forma de percorrer e reconstruir os caminhos da argumentação, utilizando isso como base da fundamentação ética¹⁴⁰.

Também é através do procedimento que se dá a autoconstituição da liberdade comunicativa tão cara à democracia e ao tema aqui especificamente tratado. As regras definidas pelo procedimento resguardam a possibilidade dos sujeitos usarem a sua liberdade de comunicação de modo autônomo, mas nos limites traçados no seu espaço. Aliás, são esses limites que garantem a liberdade comunicativa, pois o exercício do direito por um sujeito não invade a esfera do outro no respeito às regras procedimentais. É a liberdade plena decorrente do limite da própria liberdade.

Assim, quando a juridicização das questões torna-se necessária porque não há acordo quanto às razões morais que estão em torno dela, subsiste o acordo quanto à necessidade de uma resposta comum. O procedimento passa a ser o caminho para a

¹³⁹ MOREIRA, Luiz. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 191.

¹⁴⁰ MURICY, 2015, p. 90.

resolução das incongruências entre as questões morais postas, ofertando uma resposta válida para os sujeitos envolvidos no debate. Quanto mais esse procedimento possibilita a discussão de maneira pública, com a consideração das mais diferentes visões e garantindo o respeito mútuo, mais legitimada estará a resposta daí originada.

Habermas fala sobre a correção de o enunciado ser resultado de um procedimento comunicativo capaz de lhe conferir aceitabilidade racional¹⁴¹. Daí compreender-se que o processo é direito fundamental por possibilitar o controle realizado no espaço da contrariedade de ideias (exercício do contraditório) e chegar a um resultado final que não se cinge à legalidade, mas também assegura a legitimidade, pois que democraticamente racionalizado, sendo o Judiciário parte desse contexto.

Embora as regras sejam fundamentais para a definição do procedimento, ele não se esgota nas regras e nem na execução delas. É também composto pelas instituições político-jurídicas que cumprem o papel de realização desses procedimentos, resguardando do mesmo modo condições para permitir que no jogo de argumentos o dissenso se converta em consenso através da circulação das ideias ainda que divergentes e da garantia de equidade entre os sujeitos partícipes. Assim, não é o procedimento só forma, mas também realidade materializada no substrato humano partícipe das audiências públicas.

O conteúdo dos resultados alcançados é fundamental para que se compreenda o porquê da defesa do procedimento como condição necessária. A audiência pública, como instrumento de democratização do Judiciário e de legitimação social das decisões oriundas de processos que tenham feito o seu uso, não se resume à existência de etapas que obrigam as partes ao atendimento de prazos, exigências de provas ou formas de proceder. É baliza para o movimento dos sujeitos que atendem ao chamado e colaboram com a oferta de opinativos, servindo de subsídio ao

¹⁴¹ “[...] não basta a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição duradoura de uma norma depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validez no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicado às sociedades modernas, isso significa: sem legitimidade, não há lealdade das massas.” HABERMAS, 2003b, p. 83.

posicionamento dos juízes. Não se reduz a ser forma jurídica, manifestando-se também e principalmente no conteúdo.

A decisão resultante de processo em que se fez uso da audiência pública tem diferença no conteúdo produzido, no fundamento e dispositivo da sentença, em vista do espaço ofertado para a produção de argumentos e a forma como isso se dá, de maneira livre e igual.

É bom mencionar que em Habermas essa consonância em relação ao procedimento, coexistente com as diferenças de opinião emitidas no seu decorrer, é determinante para falar-se na “inclusão do outro”¹⁴² como respeito à diversidade. É também por onde se afirma a situação de uma moral pós-convencional, assim compreendida por conectar-se à pluralidade do mundo atual, onde são muitas e diversas as opiniões, referências e valores, sendo o discurso a sua forma de propagação. Somente na possibilidade de contemplar essa complexidade é que se torna plausível falar em institucionalização da ética.

O procedimento torna-se, pois, espaço de congregação de visões diferentes, balizado pelas regras institucionalizadas que garantem consenso racional, ou seja, a tomada de decisões generalizáveis. Essa condição é um dos elementos que permite afirmar a existência de um Estado democrático de direito, pela concordância em torno dos procedimentos, assegurando a legitimidade do debate e as condições de participação diversa.

Essa possibilidade de congregar visões diferentes através de um processo justo, é que torna o procedimento condição inexcedível para que se fale em institucionalização da ética. Só assim é possível associar valores díspares, atendendo ao que Joshua Cohen chama de pluralismo razoável¹⁴³, onde a razoabilidade estaria nos processos através dos quais decisões coletivas são tomadas. Na abertura processual, na

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

¹⁴³ COHEN, Joshua. Procedure and substance in a deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 409.

igualdade de oportunidades para apresentar alternativas e consideração imparcial dessas alternativas.

Explica Cohen¹⁴⁴ que o pluralismo razoável exige uma concepção processual porque permite que premissas morais sejam compartilhadas sem que deem conteúdo determinado à ideia de autorização popular, ou constriam a substância de decisões genuinamente coletivas.

A democracia deliberativa, que se origina de decisões coletivas de membros da comunidade para autorização do exercício do poder estatal, institucionaliza este ideal. É quadro de condições sociais e institucionais que facilitam a livre discussão entre cidadãos iguais, proporcionando condições favoráveis para a participação de associação e expressão. É onde a razão pública torna-se o centro da justificativa política e onde há um sentimento de cooperação e aceitação do resultado.

O procedimento é elemento central para os sistemas jurídicos modernos¹⁴⁵, sendo que já se encontra juridicamente institucionalizado e servirá de caminho ou ferramenta para a institucionalização de elementos outros que não tenham ainda o grau de oficialidade, tal como aqui estamos em relação a ética. Os procedimentos processualmente fixados não possuem conteúdo específico, ligando a decisão final com a obrigação de fundamentação. O que se sustenta é que esse conteúdo será preenchido com o recurso às audiências públicas, onde se abre a possibilidade da formulação de argumentos, inclusive – e especialmente – os morais.

O que são institucionalizados são os discursos jurídicos que operam sob as restrições exteriores dos procedimentos e restrições internas da criação argumentativa das razões¹⁴⁶. As vias de fundamentação institucionalizadas por procedimentos jurídicos permanecem abertas do ponto de vista lógico-argumentativo, sendo que o filtro procedimental dá ao argumento moral o caráter institucionalizado, gerando legalidade

¹⁴⁴ COHEN, 1997.

¹⁴⁵ HABERMAS, 1986, p. 31.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 32.

através da legitimidade e tornando possível a produção de normas jurídicas originadas das decisões judiciais.

4.3 DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA: DEFININDO UM CONCEITO

Analisadas as premissas necessárias à possibilidade de falar-se em institucionalização da ética, passa-se a um possível conceito do que se entende enquanto tal e quais desdobramentos trazem a definição proposta.

Inicialmente, cumpre pontuar que a ética aqui compreendida como institucionalizada é a ética pública, ou seja, a ética pensada para as relações humanas travadas no espaço público. Essa ética pública deriva de uma cidadania concretizada na prática, no cotidiano dos sujeitos e como resultado de cada momento histórico e em cada espaço político específico. O que se visualiza na atualidade quando do estudo das audiências públicas é a dimensão política da cidadania, porque relacionada aos direitos políticos, ou direito de participação na vida política do país.

Para isso depende sempre de uma cultura política flexível, mediada pela tradição e socialização, de uma população acostumada à liberdade política. Determina a possibilidade da institucionalização haver uma cultura política que assegure à população consciência para participação num processo discursivo de formação da vontade, o que, por sua vez, pressupõe prática, tradição. A realidade brasileira não permite ainda falar numa tradição em relação a prática pública, mas o que se tem visto é a consolidação desta rotina política como resultado imediato do amadurecimento democrático que vivenciamos.

Ao defender a institucionalização da ética, buscou-se delinear limites de racionalidade para a possibilidade de decisão que recorre a argumentos morais e com isso incorpora ao direito uma fundamentação ética. Em um tempo em que autoridade e tradição não prevalecem mais no direito e, concomitantemente, tem-se a crescente complexidade

das demandas da sociedade contemporânea, vem o direito à procura de uma forma de aplicação que lhe resguarde a legitimidade.

O discurso como liberdade argumentativa, a pretensão de correção, o consenso como fim, o procedimento como condição necessária, são todos limites racionais para se trabalhar com uma fundamentação ética válida e que não deixe aspectos morais apenas como relativizadores da norma, mas como argumentos institucionalizados a partir da decisão judicial.

A possibilidade de institucionalização da ética se torna possível, como já dito, quando analisado o processo judicial mediado pela audiência pública culminando na decisão judicial. Isto porque, fica perceptível que o universo do direito pode abrir-se a partir de dentro para alegações, através das quais argumentos éticos, morais, têm acesso à linguagem do direito sem que reste desnaturada a argumentação ou mesmo o regramento jurídico. Esses argumentos são incorporados através das limitações temporais, sociais e objetivas impostas pelas normas procedimentais e na busca do alcance do consenso.

E porque se institucionaliza? Ou o que se quer dizer com a institucionalização?

Em primeiro lugar, sustenta-se que há institucionalização porque o argumento moral é filtrado pelo procedimento da audiência pública ganhando caráter oficial em razão da chancela estatal. A oficialidade independe da aplicação deste para a decisão da celeuma jurídica, ou seja, mesmo que o argumento permaneça apenas como um daqueles trazidos ao espaço da audiência pública sem que seja aproveitado para a solução do conflito jurídico, a sua simples alegação no contexto do procedimento estatal já faz com que deixe de ser apenas argumento desconexo e passe a ser, indiretamente, um dos fundamentos da decisão. Até mesmo porque, quando é ele rechaçado no bojo de uma decisão, torna-se igualmente fundamento do posicionamento definitivo do julgador.

A segunda razão para afirmar-se a institucionalização é a força obrigatória que adquire ao incorporar-se à decisão judicial. Expectativas de comportamento

institucionalizadas juridicamente ganham força obrigatória através do acoplamento ao potencial estatal de sanção¹⁴⁷.

O argumento moral ao ganhar formato jurídico autoriza torná-lo coercitivo, deixando estado reflexivo e individual da moral, para ganhar a conotação permanente, obrigatória e coletivizada da ética institucionalizada. Deixa de ser argumento do sujeito que expõe e passa a ser o fundamento da decisão da Suprema Corte, portanto, com impacto e ressonância em todo aquele que direta ou indiretamente for alcançado pela decisão.

Outro fator importante para a institucionalização é a presença de um coordenador que exerce certas funções de dominação e coação, sendo, no caso analisado, este coordenador, o próprio Supremo Tribunal Federal, através do relator que convoca a audiência pública. Estas funções de dominação e coação não representam forçar a validade de argumentos, mas possibilitar o máximo de liberdade para o aproveitamento de argumentos¹⁴⁸. O STF, neste caso, deve exercer o papel de agente independente, que organiza e assegura as melhores condições para a formulação dos argumentos válidos à decisão.

Esse requisito converge com a observação crítica feita em relação às regras da audiência pública, quanto a restar resguardadas as condições equitativas de participação. Para que se possa falar em liberdade na formulação de argumentos, deve haver o mínimo de certeza de que os sujeitos habilitados à participação no processo encontrem equilíbrio no procedimento de formação da audiência pública, sempre tendo como norte o interesse na pluralidade de argumentos a serem trazidos aos julgadores. Em outras palavras, quanto mais diverso for o universo de partícipes da audiência pública, maior será a riqueza argumentativa que subsidiará a futura decisão da Corte Suprema e, por decorrência, maior a probabilidade de legitimar-se a decisão.

¹⁴⁷ HABERMAS, 1986, p. 61.

¹⁴⁸ APEL, 2004a, p. 124.

É o que foi referido como “pluralismo razoável” (capítulo 2) e que vem a advogar a possibilidade da convergência de opiniões diferentes através da mediação procedimental e para a tomada de decisões coletivas.

São esses motivos para afirmar-se a institucionalização da ética, que com a oficialidade do argumento e o carácter obrigatório adquirido a partir da decisão perde a relatividade da moral e ganha a racionalidade e coercitividade jurídica. Há um aperfeiçoamento público (porque o procedimento o é) e sistemático (porque com regras específicas) dos argumentos o que garante a institucionalização.

A institucionalização não é a finalidade da incorporação dos argumentos morais, é o caminho para a solução dos problemas jurídicos, que, não encontrando resposta no direito positivo vigente, busca através da abertura discursiva dar tratamento argumentativo às questões morais práticas. Compreender e admitir a institucionalização da ética como um caminho produzido pelo procedimento da audiência pública é assegurar a possibilidade de oferecer respostas jurídicas às questões difíceis não contempladas pelo modo tradicional de decisão e que tangenciam o entrelaçamento entre direito, moral e política.

Em relação à decisão judicial, o recurso ao argumento moral como fundamento da decisão se apresenta como uma solução frente à existência de demanda que não se vê resolvida com a aplicação da norma, ou que não encontra nela a melhor solução. Deve-se lembrar que o recurso ao direito normado é um compromisso moral do julgador, mas pode ser afastado quando razão maior houver, como, por exemplo, ofertar-se a solução mais justa para o caso concreto, ou decisão que em termos amplos respeite os direitos fundamentais. Não há que se visualizar nesse comportamento uma opção entre direito e moral, porque não são contraditórios. O que há é a necessidade de, frente à situação concreta, buscar a medida que melhor se ajuste, incorporando por vezes argumentos desse matiz para conseguir o intento.

Para Habermas, a prática da decisão judicial constitui o caso melhor analisado de uma ligação entre os dois tipos de procedimento, ou seja, entre o procedimento jurídico institucionalizado e um processo de argumentação que se subtrai, em sua estrutura

interna, a institucionalização jurídica¹⁴⁹. A partir dessa leitura, a argumentação trazida ao procedimento jurídico adquire outra tez em razão da forma como se incorpora a este, pela racionalidade e estrutura de poder a que subjaz.

Apesar do poder do discurso público se originar nas esferas públicas autônomas (no caso, as audiências públicas), deve ele tomar forma nas decisões das instituições democráticas de formação de opinião e vontade, na medida em que a responsabilidade pelas decisões momentâneas exige responsabilidade institucional clara. O poder comunicativo é, portanto, exercido na forma de um cerco, influenciando as premissas do julgamento e a tomada de decisão no sistema político sem a intenção de conquistar o próprio sistema.

Observando, finalmente, o lado do julgador, que participa e promove a institucionalização da ética, é visto que este assume verdadeiramente o papel de juiz, observando a situação conflituosa que se lhe apresenta e fazendo uso dos recursos democráticos existentes, sempre na busca da melhor decisão ou daquela que lhe parece mais justa.

O julgador no Estado democrático de direito não é mero transmissor, ou seja, não cumpre a tarefa de dizer a norma escrita apenas¹⁵⁰. Deve ir além e exercer a função de fiel da balança, buscando todos os meios possíveis para o deslinde das celeumas jurídicas. Ao afirmar-se que a ética se institucionaliza pela possibilidade de decisões que resultam da abertura democrática, da ouvida da sociedade, e que assim incorporam argumentos morais na solução das questões, reconhece-se também que no Judiciário estão agentes ativos e alinhados à perspectiva democrática.

Toda essa evolução do direito pensada a partir da possibilidade da formulação de argumentos morais e sua incorporação ao discurso sentencial institucionalizando-os trazem consigo a exigência da fundamentação. O desenvolvimento judicial do direito, seja de que maneira for, precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente, caso se queira que o seu resultado haja de se justificar como direito,

¹⁴⁹ HABERMAS, 2003b, p. 222.

¹⁵⁰ ZAGREBELSKY, 2008, p. 11.

no sentido da ordem jurídica vigente. O dever de fundamentação sempre acompanha a decisão judicial, seja de que ordem for.

Por este caminho, a lógica da argumentação não é silenciada, e sim, colocada a serviço da produção de decisões que têm força de lei. O processo de institucionalização tem o intento de enxertar os discursos morais e em sua racionalidade procedimental a busca por uma justiça processual, sendo a fundamentação o instrumento discursivo à disposição do julgador.

No uso de critérios supralegais aparece o *ethos* jurídico dominante na comunidade como uma bússola para as valorações do julgador¹⁵¹. O substrato social torna-se importante recurso para limitar a decisão do julgador, que encontra na multiplicidade de consciência dos indivíduos da comunidade mecanismos para delimitar a sua atividade.

A noção de *ethos* traz em si elemento empírico e elemento normativo. O elemento empírico no contexto das audiências públicas é a ouvida da sociedade, convocada para opinar e construir um aparato argumentativo extralegal para o juiz-relator. O elemento normativo vai desde as regras para o procedimento da própria audiência, até os fundamentos primeiros do ordenamento jurídico elencados na Constituição Federal.

Ademais, a institucionalização da ética deve ocorrer no espaço procedimental, pois argumentos morais não podem gerar uma obrigatoriedade geral na prática, não possuem força e nem fundamento para tanto. Assim, pensar na obediência a regras éticas implica na sua institucionalização através da absorção pelo procedimento, atingindo o nível da obrigatoriedade jurídica. É essa conversão garantida na procedimentalização que aproxima a moral e o direito e nos permite falar em institucionalização e obrigatoriedade jurídica.

¹⁵¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 192.

As regras procedimentais asseguram a participação equitativa e permite falarmos na possibilidade de obter-se resultado direto na decisão judicial. A capacidade de comunicação e argumentação dos sujeitos encontra na institucionalização a possibilidade de circular na sociedade, porque é autorizada a ingressar no espaço racionalizado do direito com a garantia de iguais condições aos indivíduos de participação na vida do Estado e nas decisões coletivas.

Ainda assim, alguns cuidados devem ser tomados pelo Tribunal Constitucional quando usar desse tipo de decisão, para que não haja contradição ou para que não se funde em fundamento passível de flexibilidade e insegurança jurídica. O recurso ao argumento moral pode gerar dois problemas possíveis: 1) chocar-se com outros critérios incorporados ao ordenamento jurídico, criando incertezas; 2) se essa incerteza não for compensada com um *plus* de justiça, ao contrário, o critério do Tribunal aparece como inadequado para regular o aspecto da vida social tratada¹⁵².

Em ambas as situações, deposita-se no Tribunal a responsabilidade por cercar a decisão de cuidados para a correta aplicação do argumento moral, tanto para que haja conexão lógica com argumentos ou critérios outros incorporados à decisão, como também para que derive da decisão uma certeza de justiça ou de melhor justiça com a opção pelos argumentos morais incorporados e então institucionalizados.

Por conseguinte, fica evidente que, para a institucionalização da ética, somam-se aspectos conteudistas (o recurso a argumentos morais e sua incorporação à decisão) e aspectos procedimentalistas (cumprimento de regras e prazos procedimentais) que derivam em decisões socialmente legitimadas pela condução do argumento moral a fundamento da sentença, oficializando-o e tornando-o coercitivo.

¹⁵² ATIENZA, 1993, p. 54.

5 ANÁLISE DA ADI 3510/DF E DA ADPF 54/DF: ESTUDO APLICADO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA

Para testar a hipótese levantada ao longo deste trabalho faz-se a opção de no capítulo final realizar análise prática do instituto da audiência pública, com o propósito de verificar em que medida as decisões judiciais resultantes de processos de controle concentrado que recorreram à ouvida da sociedade têm em seu texto e na lógica nele exposta a incorporação de argumentos morais, autorizando sustentar a institucionalização da ética.

A análise aqui proposta merece, contudo, breve explanação metodológica para que fique claro as razões da opção feita e os objetivos pretendidos.

Em primeiro lugar, a escolha por duas ações que tiveram curso no Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, embora com previsões legais e fundamentos distintos. A primeira se trata de uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3510/DF), que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto e que inaugura no âmbito da Suprema Corte o recurso à audiência pública como mecanismo de ouvida à sociedade, de enriquecimento do juízo de convicção dos julgadores com o aporte de informações democraticamente expostas e de legitimação da decisão judicial. A segunda é uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 54/DF), que, conforme foi exposto no capítulo 3, igualmente admite as audiências públicas, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio Mello.

Em ambas, faz-se a opção pela análise dos votos dos relatores, pela compreensão destes como determinantes para o resultado final da demanda, bem como pela necessidade de um recorte metodológico, dada a extensão das decisões como um todo. Além disso, considera-se que nas decisões colegiadas, embora tenhamos uniformidade no dispositivo da decisão, muitas vezes existem fundamentos absolutamente diferentes, de modo que a opção pelo relator é também a escolha de um ponto de vista que se acredita mais balizado, já que vem dele a convocação para a audiência pública, objeto principal deste estudo.

Assim, o que se fará nas próximas páginas é uma análise do discurso constante dos votos dos relatores da ADI 3510/DF e ADPF 54/DF¹⁵³, cotejando com os fundamentos teóricos apresentados, de modo a demonstrar ou refutar a hipótese de que o recurso à audiência pública como mecanismo auxiliar da decisão possibilita a incorporação de argumentos morais e com isso a institucionalização da ética.

A escolha específica das duas ações também tem uma razão de ser: ambas abordam temáticas com forte carga de argumentos morais passíveis de serem aduzidos pelos que pleiteiam tanto a procedência como a improcedência das ações. Este elemento é determinante para que se possa testar a hipótese levantada e enriquecer a análise realizada e as considerações finais do trabalho.

Antes de passarmos à análise das decisões propriamente dita, cumpre esclarecer que em nenhum dos dois casos faz-se a transcrição completa dos votos, utilizando-se, quando necessário, apenas os trechos indispensáveis à compreensão do que se expõe, com o devido cuidado de não descontextualizar o entendimento expressado pelo Ministro na decisão.

5.1 A ADI 3510/DF

A ação direta de inconstitucionalidade n.º 3510¹⁵⁴ foi proposta pela Procuradoria Geral da República e tinha como objeto a alegação de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que autoriza a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados para procedimento de fertilização individual, seja pela inviabilidade do

¹⁵³ Para acesso ao inteiro teor das decisões sugere-se visita ao portal do Supremo Tribunal Federal na rede web. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. A fim de facilitar a contextualização na leitura da análise, os trechos referentes aos votos dos respectivos relatores estão anexos ao final deste trabalho.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Ayres Brito. D.J. 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

embrião, seja pelo transcurso do tempo. A Procuradoria Geral da República entendia que o dispositivo em questão violava o direito à vida e fazia ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Para o deslinde da questão apresentada, o ministro relator Carlos Ayres Britto convocou audiência pública com fulcro no art. 9º da Lei 9868/99, tendo sido ouvido 22 (vinte e dois) habilitados no processo, sendo essas autoridades científicas das mais diversas áreas, bem como sujeitos da sociedade diretamente afetados pelo teor da lei e diretamente interessados na decisão¹⁵⁵.

A ADI 3510 tornou-se paradigmática porque foi a primeira vez que uma audiência pública foi convocada no bojo de processo de controle concentrado de constitucionalidade, inaugurando o recurso ao instrumento democrático previsto na legislação pátria. Também cabe esclarecer que, para essa primeira audiência, utilizou-se as regras procedimentais aplicáveis ao Poder Legislativo (Regimento Interno da Câmara dos Deputados) ante a ausência de regras procedimentais próprias do Supremo Tribunal Federal, lacuna esta já superada.

O voto ao final pela improcedência e, portanto, pela constitucionalidade da Lei 11.105/2005, traz diversos trechos que servem de subsídio ao debate levantado ao longo do trabalho, demonstrando o efetivo proveito dos argumentos construídos na audiência pública e que dão lastro ao voto do relator. Aliás, o próprio relator menciona a audiência pública como forma de o Judiciário não se restringir aos limites do processo e abrir-se para o mundo.

Diz ele¹⁵⁶: “59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do país e o que se me depara?”.

¹⁵⁵ Cf. informações sobre a audiência pública no portal do Supremo Tribunal Federal na rede web. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹⁵⁶ Cf. Anexo 1, p. 159 deste trabalho.

A frase denuncia qual o espírito em que é convocada a audiência pública e responde a uma das questões levantadas ao longo do trabalho, quanto ao real proveito dos argumentos expostos na audiência pública para a decisão final. A resposta é afirmativa. Sim, a Suprema Corte bebe na fonte social e plural da audiência pública para emitir a sua *opinio iudicio*, o que é constatado nesta e na outra decisão a ser analisada na sequência.

Ao mencionar a busca do “cotidiano existencial” como fonte da decisão, reconhece o julgador que a sociedade é gênese do sentido ético buscado para a sentença, que pode vir a ser fonte fundamental para o subsídio legítimo de fundamentos que darão robustez à decisão. Trata-se do senso comum que foi mencionado anteriormente (vide seção 3.1), que se torna centro da questão hermenêutica e está na essência ética da sociedade.

A leitura dos depoimentos e informações trazidas pelos partícipes da audiência pública esclarece o modo como o processo argumentativo culmina na emissão de opinativo jurídico definitivo.

O lastro de opiniões emitidas na abertura democrática ofertada à sociedade é diverso e representativo daquilo que é o espírito do instituto, ou seja, trazer para perto do Judiciário colaboradores voluntários, sem qualquer delimitação argumentativa. Assim, foram ouvidas várias entidades dos mais diferentes matizes, que trouxeram opiniões pró e contra a Lei 11.105/2005 e que ajudaram a construir o voto em análise. Demonstrou-se um equilíbrio na permissão para que posições várias fossem trazidas em forma de argumentos na audiência pública, buscando contemplar perspectivas plúrimas (religiosas, científicas, experiências pessoais).

Não é possível analisarmos o processo de habilitação em si, porque não é este tornado público. Dessa maneira, não se pode, por exemplo, afirmar que alguma entidade científica ou associação tenha desejado participar da audiência e tenha sido sua habilitação negada. Dentre aqueles habilitados a expor seus argumentos na audiência pública, nota-se equilíbrio nas posições assumidas, havendo argumentos de caráter científico (médicos, geneticistas, biólogos), sociológico, religioso, político e

jurídico, o que evidencia o cumprimento de um dos propósitos do instituto, que é tornar o processo interpretativo e decisório o mais democrático possível. O Judiciário reconhece a sua insuficiência para sozinho decidir sobre questão que ultrapassa a seara jurídica e parte para a escuta, tornando a decisão uma resposta de muitas vozes da sociedade e para a sociedade.

O relator aponta duas linhas principais de argumentos desenvolvidos no processo: uma contrária ao uso das células-tronco embrionárias, por entender que o uso destas implica no desrespeito ao direito à vida e é hipótese disfarçada de aborto; e a segunda linha defende os experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos, entendendo que, embora se trate de ser algo vivo, não se equipara ao embrião que se desenvolve no útero da mulher.

Nessa pluralidade argumentativa constata-se nitidamente a presença de argumentos de ordem moral, seja de maneira direta, quando entidades religiosas recorrem a dogmas para sustentar sua posição, seja de maneira indireta, quando, para definir a sua posição, faz o relator o devido afastamento dos argumentos morais e, por meio transversal, igualmente institucionaliza a ética. Os argumentos de natureza científica também carregam em si dilemas morais, como a própria existência da vida humana, ou quando e como ela se inicia e qual a extensão da proteção a ela destinada.

A incorporação *ipsis litteris* dos argumentos expostos na audiência pública (item 24 da decisão) é prova de que saem eles de uma dimensão moral, convertendo-se em jurídico como decorrência da institucionalização da sentença judicial. O mesmo vale para a hipótese em que o argumento é rejeitado, não deixando de ser essa também forma de institucionalização, como já dito, pela via indireta.

Há em todo o voto o enfrentamento da questão do início da vida humana, situando a condição intrauterina determinante para que se possa pensar a vida como viável, embora não negue ser o embrião fertilizado *in vitro* vida em potencial. Também a questão da não-obrigatoriedade do aproveitamento dos óvulos fertilizados *in vitro*, justificando-se esse posicionamento em razão do respeito à liberdade da mulher, já que obrigá-la a ter tantos quantos forem os óvulos fertilizados seria forma de

constrangimento. Por fim, há o fundamento constitucional do planejamento familiar e da necessidade de educar os filhos como sendo também elemento a ser considerado na decisão de obrigatoriedade do aproveitamento dos embriões *in vitro*.

Discutir, acatar, ponderar ou rejeitar essas questões postas e trazidas à baila no âmbito da audiência pública é forma de conversão do argumento moral em jurídico. É dar ao dilema moral solução jurídica e, desta forma, estancar a debilidade da moral para objetivar e racionalizar questões que se mostram determinantes para a sociedade. Neste ponto, somente o caráter juridicizado da sentença é capaz de retirar o aspecto volátil da moral e lhe dar a possibilidade de se converter em orientação geral, em entendimento universalizável.

O Ministro Relator colocou a importância da decisão constitucional (item 51 do voto), situando-a como decisão que ultrapassa o universo jurídico para trazer o próprio conceito de maternidade. Os argumentos jurídico-positivos vão sendo associados às informações trazidas pelos partícipes e assim conformados para a decisão da ADI juntamente com as informações, depoimentos, dados trazidos ao longo da audiência pública.

O objeto da ação diz respeito à concretização do direito constitucional, não obstante esteja este ponto em dúvida em razão dos dilemas morais e existenciais apresentados na ação e que são debatidos pela sociedade que atende à audiência pública. Ao apreciar argumentos pró e contra a Lei 11.105/2005, incorporando-os ou rejeitando-os, o que faz a Suprema Corte é colaborar para a clareza do direito, institucionalizando os fundamentos racionalmente organizados na sentença. É forma de preservação da coerência da ordem jurídica.

O Relator faz recorridas vezes o uso de argumentos de ordem moral e juízos valorativos que indicam o subsídio nas informações e argumentos construídos na audiência pública. Aliás, o uso de conceitos indeterminados ao longo da decisão (vide,

por exemplo, item 17¹⁵⁷ do voto) também é prova de que resulta o voto de juízos de valor emitidos para o preenchimento e incorporação dos referidos conceitos.

É especialmente importante avaliarmos que a decisão não decorre de análise de um sujeito que isoladamente pondera e cria norma universalizável. Com as audiências públicas, é a vontade de um grupo que passa a ser expressa na decisão. No procedimento argumentativo, todos os integrantes habilitados participam expressando suas opiniões, sendo todas as críticas e ponderações consideradas, mesmo que não agregadas à decisão. Assim, ao final, a norma generalizável (no caso, a sentença) é fruto de um longo processo argumentativo viabilizado pelo discurso prático.

Aplicando a perspectiva habermasiana, os discursos morais têm que passar pelo teste da generalização, ou seja, eles têm que assumir uma versão descontextualizada, se passíveis de se aplicar a qualquer sujeito que se encontre na situação equivalente¹⁵⁸. Para isso, consideram-se as situações *standards*, onde cada membro se coloca na situação e na compreensão do mundo de cada um dos outros.

É o que parece ocorrer nesta decisão e na da ADPF analisada na sequência. Os discursos morais que subsidiaram posicionamentos das partes implicam um teste de generalização como forma de se comprovar a sua consonância com o direito ou com a juridicização e, dessa maneira, serem incorporados à sentença de modo definitivo. Nessa passagem, deixam o posto de discurso moral e ganham o caráter institucionalizado de parâmetro ético-jurídico. Passam ao caráter de forma de vida comum.

Ao final do voto, o relator se vale da maiêutica ao fazer sucessivas perguntas até chegar à conclusão, onde literalmente anuncia a sua posição como conciliadora entre direito e moral, quando se refere que “70. É assim, ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso ordenamento com os

¹⁵⁷ Cf. Anexo 1, p. 142 deste trabalho.

¹⁵⁸ HABERMAS, 2003a, vol. I, p.142.

imperativos de ética humanista e justiça material [...]”¹⁵⁹, decidindo pela improcedência da ADI.

5.2 A ADPF 54/DF

A ação de descumprimento de preceito fundamental n.º 54¹⁶⁰ proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde teve como objeto pedido de declaração de inconstitucionalidade com eficácia para todos e efeito vinculante da interpretação dos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, que impeça a antecipação terapêutica do parto, na hipótese de gravidez de feto anencéfalo previamente diagnosticada por profissional habilitado. A pretensão é o reconhecimento do direito da gestante de se submeter ao procedimento de retirada do feto sem estar obrigada a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

A arguente destacou que o objeto da ação não era a descriminalização do aborto ou a inconstitucionalidade dos tipos penais referentes ao crime no Código Penal. O pedido foi de interpretação conforme para admitir a antecipação terapêutica do parto, considerando a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, a liberdade, a saúde, a autodeterminação e o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

A audiência pública foi convocada e realizada em quatro sessões, com a participação de diversas entidades médicas, científicas, religiosas, além da participação de pessoas físicas interessadas na demanda em debate. No total, foram 25 (vinte e cinco) habilitados que, à semelhança da ADI 3510/DF, trouxeram uma plêiade de argumentos pró e contra a tese encampada na inicial da ADPF.

¹⁵⁹ Cf. Anexo 1, p. 162 deste trabalho.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Marco Aurélio. D.J. 31/08/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

Cabe destacar na ADPF 54/DF o grande número de entidades religiosas que participaram da audiência pública, de diferentes credos, formando importante bloco argumentativo. Tanto assim que, no voto do relator, o item inaugural dedicou para tratar do Estado laico e afastar as alegações que tomavam a relação igreja/Estado como premissa necessária à análise da celeuma¹⁶¹.

O tema da ADPF, a possibilidade de antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencéfalo, é questão que tem apelo religioso sob a alegação de que representaria forma de descriminalização do aborto, o que foi afastado já na inicial da arguente. Ainda assim, as entidades religiosas habilitadas usaram dos mais variados argumentos para defesa do direito à vida, entendendo a autorização para o parto antecipado do anencéfalo como forma de violação.

No ponto em que faz o Relator a apreciação dessas considerações de ordem ideológica, este prefere o argumento positivado para apontar a impossibilidade de pautar-se a decisão quanto à preservação ou não da norma em razões exclusivamente subjetivistas e que confrontam a literalidade da Carta Magna, bem como a condição de laicidade do Estado brasileiro.

Contudo, é de se ver que o Tribunal não pode arrogar-se crítico de ideologias porque também lhes está sujeito e não tem como pretender lugar politicamente neutro. A decisão ao final pela improcedência e, portanto, pelo reconhecimento da possibilidade do aborto de anencéfalo é igualmente tomada de posição ideológica e que indica o caminho a ser seguido na decisão de situações semelhantes futuras.

Ao julgar procedente a ação e afastar os argumentos aduzidos pelas entidades religiosas reafirmando a condição de Estado laico, age o Supremo Tribunal Federal pelo que se sustenta ser a institucionalização da ética. O relator coloca de maneira delongada a impossibilidade de argumentos de moral religiosa determinarem a

¹⁶¹ Cf. Anexo 2, p. 165 deste trabalho.

decisão do Estado, indiretamente utilizando-o como fundamento da decisão que se tornará obrigatória e que, portanto, ganha coercitividade. Diz ele¹⁶²:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada.

Outra parte da decisão em análise que se mostra especialmente interessante é quanto ao direito à vida dos anencéfalos, onde aponta o relator a existência de uma suposta ponderação de direitos entre o direito à dignidade e liberdade da mulher gestante e o direito à vida do feto. Expõe que o conflito é apenas aparente, já que não há direito a vida, pois não há viabilidade de vida do feto.

Para esta ilação, o relator recorre à própria definição do direito à vida e à afirmação da inexistência de hierarquia em relação aos demais direitos. Não obstante a menção a várias normas positivadas e constantes do Código Civil e Penal, bem assim da Constituição Federal, tanto na definição do que é vida, como na afirmação do seu caráter não absoluto, traz o voto do relator fundamentação baseada em argumentos morais que passeiam pela diferenciação entre vida em potencial e vida humana protegida juridicamente, aspectos relacionados ao transcurso do tempo e às inovações tecnológicas.

Para a construção desses fundamentos, mostrou-se especialmente importante a colaboração argumentativa das entidades médicas e científicas que aportaram suas razões ao longo dos quatro dias de audiência pública.

Essas associações formadoras de opinião colaboram diretamente na construção da decisão. Elas catalisam o crescimento das esferas públicas, a sua autonomia, tudo isso associado a uma política liberal-igualitária, que resguarda condições favoráveis à manifestação democrática e legitimidade da decisão.

¹⁶² Cf. Anexo 2, p. 171 deste trabalho.

Em outro momento da fundamentação do voto do relator, fez ele menção ao direito à vida, a liberdade, a dignidade e privacidade da mulher. Foi exposto o quão a manutenção da gravidez do feto anencéfalo é custosa à mulher. Não só pelo sofrimento de transcorrer os nove meses de gravidez sabendo da inviabilidade do ser que carrega no ventre, como também pelos usos reais à saúde da gestante, fato esse exposto por médicos e cientistas durante a audiência pública.

Neste ponto da decisão foram trazidos ao texto depoimentos de mães que gestaram fetos anencéfalos e que participaram da audiência pública. O que se lê são experiências pessoais em que o sentimento é sopesado como argumento a balizar a decisão do Relator e, por decorrência, da Suprema Corte. Nítido caráter subjetivo, prático-comportamental, mas que pela sua relevância e conexão com o objeto da decisão são incorporados ao voto e convertidos em fundamento juridicizado e institucionalizado.

É típica situação em que o argumento moral (posto que subjetivo-pessoal) institucionaliza-se ao subsidiar as razões racionais que servirão de fundamento à decisão judicial. Incorporado ao voto, deixa de ser o sentimento ou a vivência da pessoa e passa a ser justificativa para aquela que será a orientação jurídica nas futuras hipóteses de antecipação do parto do anencéfalo. Deixa a condição de argumento individual e ganha status de razão jurídica valorada institucionalmente.

É essa medida de incorporação e racionalização que transforma o argumento moral em orientação ética pela conotação que o direito oferta à moral. É a relação de complementaridade que menciona Habermas, apresentando o direito caracteres que não são visualizados na moral e que, quando absorvidos procedimentalmente através da via discursiva, ganham juridicidade e atendem a uma função de universalização e legitimação.

Naquilo que a moral é débil, ou seja, na impossibilidade de tornar-se obrigatória à generalidade, cumpre o direito uma função de complemento necessário, possibilitando à sociedade tomar conhecimento dessas razões e até tê-las como orientação geral. Foi esta parte determinante do julgamento procedente do STF.

A decisão em análise atesta que a judicialização do argumento moral institucionaliza a ética, ora ao aderir a argumentos de ordem moral (sofrimento da mulher), ora ao rechaçar argumentos de ordem moral (argumentos de natureza religiosa), também institucionalizando-os de maneira indireta.

Vejamos o parágrafo final da decisão pela procedência do pedido inicial¹⁶³:

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Cumpre, por fim, ressaltar que em ambas as decisões analisadas os fundamentos legais foram igualmente importantes. Cotejados à argumentação manifesta nas audiências públicas, eles dão às decisões sedimento jurídico-positivo, permitindo afirmar a sua condição de orientação universalizável e coercitiva.

¹⁶³ Cf. Anexo 2, p. 193 deste trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alcançado o fim deste escrito, pode-se afirmar que o humano e o seu modo de ser no mundo (a comunicação) foram tomados como algo fundamental para se pensar o direito contemporâneo e para acreditar numa forma de ética pública que ganhe contorno institucional por meio da elaboração de argumentos e pela consideração destes no processo decisório, adquirindo dimensão social significativa.

Ao sustentar a institucionalização da ética no espaço procedimental-discursivo, não se pretendeu apenas mostrar que o instituto da audiência pública está em consonância com o direito contemporâneo somente porque valoriza o discurso produzido. Buscou-se também mostrar que a ética se institucionaliza porque há o protagonismo do homem enquanto sujeito do discurso. O argumento moral trazido ao processo e que ganha oficialidade e coercitividade através da sentença é fruto do protagonismo humano, da presença do sujeito que discursa e que assim colabora para, ao fim, institucionalizar-se a ética pela consideração e racionalização de argumentos morais.

Seguindo, pois, com esse protagonismo do humano e sempre tomando-o como fim do direito, algumas premissas podem ser fixadas ao final do presente trabalho.

O direito não se sustenta como modelo autossuficiente, hermeticamente fechado. Ao contrário disso, deve estar aberto a argumentos vários, especialmente os argumentos práticos-morais que complementam o processo de legitimação das normas do direito. Não há mais lugar em uma sociedade complexa para a compartimentalização de saberes, sendo a interdisciplinaridade como atitude metodológica uma exigência da própria realidade social. O direito contemporâneo supera definitivamente a suposta separação da moral e coloca-a como co-originária, justificando-se esta condição através do discurso. Essa relação é que aproxima o direito da busca por respostas as suas demandas.

Para isso, a concepção de democracia em Habermas torna-se importante. Por este fundamento teórico, é da impossibilidade da moral e da possibilidade do direito que surge a relação de complementaridade, sendo o procedimento democrático o caminho para viabilizar esse encontro em que a moral se apoia no direito para se tornar fonte obrigatória. Sustenta-se, portanto, a existência de uma relação de complementaridade entre direito, moral e política.

A cultura democrática brasileira revela um povo pouco habituado a práticas cidadãs, com facilidade para a confusão entre o público e o privado, refletindo-se tais elementos nas instituições públicas que daí emergem. O Poder Judiciário é igualmente reflexo dessa cultura democrática, assim como as transformações que se operam no seu funcionamento, apontando para algo que ocorre em plano macro a partir da Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1988 representa uma mudança paradigmática em razão da redemocratização e conseqüências lógicas deste fato e tal processo promove no Poder Judiciário a criação de instrumentos de participação social, na busca de ampliar o espaço democrático e incrementar o espírito cidadão.

O progresso democrático permite afirmar a relação direito/política e, ao mesmo tempo, a autonomia do direito. Direito e política se originam ambos de ato de poder, não se esgotando a legitimidade da norma no processo legislativo para a sua formação, estendendo-se para a esfera pública e para a sua efetiva participação na concretização da norma.

As teorias democráticas do fim do século XX e principiar do século XXI afastam o modelo racionalizante que prevalecia e que determinava o afastamento das preocupações éticas no bojo das decisões do Estado e retoma com toda a força a questão participativa. O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo resgata o indivíduo para o centro da preocupação do direito e restabelece a relação entre direito e moral. Igualmente, resgata o aspecto da solidariedade entre pares, sendo que a ideia fundamental de legitimidade democrática está na existência de decisões coletivas para o exercício do poder estatal.

A democratização do Judiciário, como aqui entendida, está fundada nos alicerces constitucionais que declaram o Estado de direito e asseguram procedimentos e limites ao seu exercício. Também perpassa pela inovação do entendimento do processo como espaço de reconhecimento do outro, convertendo-se numa meta institucionalizada, através das possibilidades de abertura progressiva à participação social. Quanto maior o espaço retórico, maior a possibilidade de se falar em Estado democrático constitucional, já que a decisão deixa de ser apenas fruto da autoridade do Estado, ganhando legitimidade pelo espaço colaborativo da sociedade.

O Supremo Tribunal Federal se estabelece nesse cenário do Estado constitucional como agente político em razão da sua forma de composição, permanência institucional, autonomia para a recomposição do equilíbrio nas relações interorgânicas, decisões de matiz contra-hegemônico e pela própria realização das audiências públicas, que são hipótese de ouvida direta da sociedade, pelo reconhecimento da abordagem de temáticas que fogem ao conhecimento técnico jurídico.

O senso comum, entendido como sentido ético compartilhado pelos sujeitos, converte-se em fonte determinante para a solução das celeumas jurídicas, sendo as audiências públicas uma das formas desse acesso. Recorre-se à decodificação ética como forma de desvendar o significado do outro e assim responder ao desafio jurídico que se põe.

A audiência pública responde a essas demandas do direito, apresentando-se como espaço para a elaboração de argumentos não-jurídicos, portanto, para a abertura cognitiva do direito e, como decorrência lógica, fator colaborativo para a formulação de sentença racionalmente motivada. Consolida-se como instrumento de abertura processual e elaboração plural da decisão judicial, estando a sua base na complexidade da sociedade, para a qual o direito vai se ajustando, apresentando-se a audiência como resultado ou necessidade.

As decisões judiciais mostram-se racionalmente motivadas desde quando atendidas as condições de argumentação equitativas, colaborando para a formação imparcial do juízo. O resultado que se espera é que essas sentenças tenham alto grau de

legitimidade, porque resultantes de processo comunicativo amplo, com a exposição de diferentes olhares sobre dilemas existenciais e éticos, sendo o seu dispositivo mecanismo de institucionalização do extrato ético captado na abertura processual.

Ao longo da redação deste trabalho diversas audiências foram realizadas, o que demonstra que o instituto vem ganhando terreno na Suprema Corte e se tornando mecanismo fundamental às decisões de constitucionalidade que correm naquela casa jurídica. Acredita-se que, quanto mais as Cortes Constitucionais ampliem o acesso e participação da sociedade, maior a possibilidade de se intitularem democráticas, mormente quando observado a sua posição de órgão responsável pelas revisões de leis democraticamente produzidas (através de processos legislativos em que a decisão cabe a representantes eleitos pelo povo). As decisões que derivam de processos em que houve uso da audiência pública são mais aptas à legitimação social, já que ofertam resposta comum às questões morais divergentes e colocadas sob o crivo do procedimento judicial.

Tanto a perspectiva substancial (debate amplo das questões morais e existenciais) como a procedimental (modo democrático pelo qual se constroem argumentos a subsidiar a convicção do julgador) encontram-se na compreensão da sociedade como um nascedouro do elemento ético a ser institucionalizado. O senso comum extraído das várias leituras realizadas no bojo das audiências públicas é que se apresenta como a grande fonte ética que se converterá em comando universalizável a partir da decisão judicial.

Alguns elementos foram identificados como passíveis de aprimoramento para o funcionamento da audiência pública: o despreparo dos participantes pelo desconhecimento da sua real função no curso das audiências; a ausência de critérios claros para a escolha dos participantes; a precariedade de informações quanto ao propósito e modo de funcionamento da audiência pública; garantias mínimas de igualdade e não coerção dos participantes; e, por fim, o real proveito dos argumentos formulados para a construção da decisão judicial.

A institucionalização é condição necessária para a superação dos déficits operativos do discurso moral. É permanência, obrigatoriedade e definição de objetivos. Pois, ao se afirmar a institucionalização, fala-se de uma moralidade dialógica, ou seja, construída e resultante do conjunto de argumentos trocados entre os sujeitos partícipes do procedimento. A ética institucionaliza-se como resultado desse processo dialógico, racionalizado através da sentença.

O discurso como liberdade argumentativa, a pretensão de correção, o consenso como fim e o procedimento como condição necessária são limites racionais para se trabalhar com uma fundamentação ética válida, que não deixa aspectos morais apenas como forma de relativização da norma, mas como argumentos institucionalizados a partir da decisão judicial.

Da liberdade comunicativa provém o discurso e com ele uma forma de incorporação de paradigmas éticos. A pretensão de correção implica a exigência de racionalidade da decisão. É condição para o discurso que deve ser racionalmente aceito, onde são resgatadas as razões para falar-se em correção da norma ou do juízo normativo. É o dever jurídico de decidir corretamente.

O consenso é definido como teleologia do processo, buscando esse entendimento através da audiência pública e do espaço de racionalidade intersubjetiva propiciado por ela. Do mesmo modo, o procedimento dá ao argumento moral caráter institucionalizado, assegurando espaço e condições para a formulação de argumentos e gerando legitimidade.

Defende-se que a institucionalização ocorre porque o argumento ganha caráter oficial através da incorporação ao processo judicial, uma vez que adquire força obrigatória quando do dispositivo da sentença e pela presença de um coordenador que exerce funções de dominação e coação, no caso, o Ministro Relator. Sendo assim, é o caminho para a solução de problemas jurídicos através do tratamento argumentativo de questões morais práticas.

A institucionalização se desenvolve por tipificações recíprocas de ações habituais consolidadas ao longo da história. O que se quer ressaltar é que, na medida em que o processo de institucionalização da ética vai se tornando realidade pelo uso reiterado das audiências públicas e pelos resultados alcançados, a tendência é que ultrapasse o limite dos atores partícipes ou interessados e se comunique a outros sujeitos, aperfeiçoando-se.

Acredita-se, pois, que em longo prazo a ética institucionalizada deixe de ser apenas um produto que abranja aqueles diretamente afetados pelo procedimento judicial e alcance outros sujeitos, aperfeiçoando-se no seu resultado até adquirir vida própria, que independará das ações habituais do começo. Por esse viés, idealiza-se que tal premissa apareça para novas gerações como dada, evidente e inalterável e se associe a outras instituições como uma derivação do processo originário.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Direito e moral. Tradução de Paulo Gilberto Cogo Leivas. In: HECK, Luís Afonso (Org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115-122.

_____. On the thesis of a necessary connexion between law and morality: bulyngin's critique. *Ratio Juris: an international journal of jurisprudence and philosophy of Law*. v. 13, n. 2, june 2000.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Comares, 2005.

APEL, Karl-Otto. A ética do discurso diante da problemática jurídica e política: podem as próprias diferenças de racionalidade entre moralidade, direito e política serem justificadas normativo-racionalmente pela ética do discurso. In: MOREIRA, Luiz . (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004a, p. 105-143.

_____. Fundamentação normativa da "teoria crítica": recorrendo à eticidade do mundo da vida. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004b, p. 23-77.

ARENDT, Hannah. *A dignidade da política: ensaios e conferências*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

_____. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Para una teoría postpositivista del derecho*. Lima: Palestra Editores, 2009.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a Aleksander Peczenick. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 22, 1999, p. 660-670. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10321/1/doxa22_29.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2013.

_____. *Podemos hacer más: outra forma de pensar el derecho*. Madri: Pasos Perdidos, 2013.

_____. *Trás la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva, 1996.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. *Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. *Lei n.º 9882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Ayres Brito. D.J. 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal*. Relator: Ministro Marco Aurélio. D.J. 31/08/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiências Públicas*. Apresentação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

_____. _____. *Regimento interno*: [atualizado até janeiro de 2015] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Wálber Araujo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 133-151.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 15. ed. Rio de Janeiro, 2012.

_____. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in a deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 407-438.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national *Role of the Supreme Court Symposium n.1, Journal of Public Law*, n. 6, 1957, p. 279-295.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de processo civil*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, vol. II.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico político*. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FREITAG, Bárbara. *Dialogando com Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Inocêncio Martires Coelho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a, 2v.

_____. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.

_____. Lutas pelo reconhecimento no Estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles (Org.) *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p.125-164.

_____. Popular sovereignty as a procedure. In: BOHMAN, James; REHG, William. (Ed.). *Deliberative Democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT Press, 1997, p. 35-66.

_____. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalidade social*. Tradução de Flávio Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012, vol. II.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HÖFFE, Ofried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Tradução de Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Compêndio de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MERRYMAN, Jonh Henry; PÉREZ-PORDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas legais da Europa e América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

MOREIRA, Luiz. Direito, procedimento e racionalidade. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 177-200.

MURICY, Marília. *Senso comum e direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). *Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004, p. 145-176.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, n.7, outubro de 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-CALMON-PASSOS.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003.

VILANOVA, Lourival. *Estudos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: Axis Mundi, vol. I, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el tribunal constitucional y la política*. Madri: Minima Trotta, 2008.

ANEXOS

ANEXO 1 – TRECHO EXTRAÍDO DO TEXTO DA ADI 3510/DF: RELATÓRIO E VOTO DO RELATOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. CARLOS BRITTO

REQUERENTE(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQUERIDO(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTERESSADO(A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTERESSADO(A/S): CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

ADVOGADO(A/S): ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS

INTERESSADO(A/S): MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE

ADVOGADO(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO

INTERESSADO(A/S): ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADVOGADO(A/S): DONNE PISCO E OUTROS

ADVOGADO(A/S): JOELSON DIAS

INTERESSADO(A/S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADVOGADO(A/S): IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

“Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de célulastronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias

humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

2. O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (fl.12).

3. Em seqüência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) “**a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação**”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

4. De sua parte, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Para tanto, acata, por inteiro, peça jurídica da autoria do professor e advogado público Rafaelo Abritta. Peça que também mereceu a irrestrita adesão do ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado Geral da União, e da qual extraio o seguinte e conclusivo trecho: “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente” (fl. 115). A mesma conclusão, registre-se, a que chegou o Congresso Nacional em suas informações de fls. 221/245.

5. Não é, todavia, como pensa o atual Chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando de Souza, que, atuando na condição de fiscal do Direito (custos juris), concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob a alça de mira da presente ação direta. Assim procedeu mediante aprovação de parecer da lavra do mesmo professor Cláudio Fonteles.

6. Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de “amigos da Corte” (amici curiae), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.

7. Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, **determinei a realização de audiência pública**, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal¹. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.

8. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substancial audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas:

I – uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de habitat, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobremais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou uma mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalhos de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de

¹ Art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99 - “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou in vida. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão-somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano nativivo). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a idéia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II - a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explicações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher - e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo - como portadora de um sexto sentido

existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia” (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V).

9. Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar à luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dr^a **Mayana Zatz**, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dr^a **Lenise Aparecida Martins Garcia**, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista:

“Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”.

10. Já a Dr^a Lenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras:

“Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível”.

11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto

objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade **e uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios**. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.

12. É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

De partida, assento a legitimidade do Procurador Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea a do inciso I do art. 102 da Constituição.

14. No mérito, e conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como “Lei de Biossegurança”. Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado passar de olhos sobre as suas questionadas inovações. Ei-los:

“Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (“Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”).”

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos deontológicos, a saber:

I - a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as “células-tronco embrionárias”; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocito, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vivo*. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extra-corpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: “O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabetes melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas”²;

II - a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes **e cumulativas condições** para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com célulastronco embrionárias: a) o não-aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não-viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto

² Texto de Marco Antonio Zago, inserido na coletânea “Células-tronco, a nova fronteira da medicina”, Atheneu editora, p. 110, ano de 2006.

de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, “O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica”³); c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido *in vitro*, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;

III – o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente, com células-tronco embrionárias, o que redundará na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;

IV - por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (art. 15, caput, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado “biodireito” (ver, no particular, o livro “Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética”, da autoria de Roberto Wider, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

16. Daqui se infere – é a minha leitura - cuidar-se de regulação legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada

³ Em “O STF e as células-tronco”, jornal “Correio Braziliense”, coluna “Opinião”, edição de 29 de fevereiro de 2008.

do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião *in vitro*). Noutra dizer, o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano *in vitro*⁴.

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal “ISTO É” de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94). Por conseguinte, **linhas de pesquisa que não invalidam outras**, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os “brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves”, segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de 10 a 15 milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da “MOVITAE – Movimento em Prol da Vida”) aponta como oriundos da seguinte fonte: “Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226”.

18. Ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, “se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano” (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – nº9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação

⁴ Lê-se em Luís Roberto Barroso que “A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirar diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado” (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008).

da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes.

19. Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil”, literis: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

“Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)”⁵.

20. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica**. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu nominalizado registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. **Indivíduo-pessoa**, conseqüentemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém criacionista ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: **vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte**.

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida**

⁵ Em “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 20ª edição, p. 196, Malheiros Editores, 2001.

humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.** De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo “residentes” no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “placa de Petri”), além de complementar a referência do seu art. 5º “aos brasileiros” para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita acepção de “nascidos”, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da “criança”, como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intra-uterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”. Pelo que somente só é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de **vida extrauterina**. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural.** É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana **é de um silêncio de morte** (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, verbis:

“Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um

feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana.

Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria eurísticamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida”.

(fls. 1.118/1.119)

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do **ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano**, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro “Domínio da Vida” (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vaise adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem:

“Como afirmei, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico – a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância – e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte

natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido”. (p. 122)

26. Sucede que – este o fiat lux da controvérsia - a dignidade da pessoa humana **é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, “desde a concepção, os direitos do nascituro” (do latim “nasciturus”); **que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento**. Se se prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento**. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (in Direito Civil, ano de 2001, p. 36): “Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”.

27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual “É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**” (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal” (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo “gestante” para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino**. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir.

28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa,

então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): “O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo DA FAMÍLIA, com a seguinte preocupação: ‘sugere normas de proteção à vida **desde sua concepção**’⁶. Sugestão de nº 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego “meta” a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como “a medida de todas as coisas”, na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que “O homem é sozinho a casa da humanidade”. E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema “TABACARIA”:
 “Não sou nada.

⁶ Refiro-me ao texto, ainda inédito, que Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o título de “O CONSTITUINTE, A CONSTITUIÇÃO E A INVIABILIDADE GENÉTICA DO POSITIVISMO LÓGICO”, elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembléia Nacional Constituinte, disponíveis no site do Senado Federal.

Nunca serei nada.
 Não posso querer ser nada.
 À parte isso, tenho em mim
 todos os sonhos do mundo”.

30. Por este visual das coisas, **não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino**. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: um mais um, igual a um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercuro sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínide (por isso que na sua fase de partida é chamado de “célula-ovo” ou “célula-mãe”, em português, e de “célula-madre”, em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou indecidibilidade), **mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou posituação de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana intra-uterina e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades⁷.

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às pp. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de “CélulasTronco, A Nova Fronteira de Medicina” (já o dissemos em nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas⁸. Glossário que reproduzo nos seguintes verbetes:

⁷ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª edição, págs. 269/273.

⁸ Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeiro Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do

“Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce *in vitro* na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos”;

“Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados”;

“Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral”;

“Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento”.

33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual**. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização *in vitro*”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana**. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Onde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana**. Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece – insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozóide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial – também já foi ressaltado -, **mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia**. Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver

Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do Hemocentro de Ribeirão Preto.

o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva**. Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário, data venia, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão”. Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela “nidação” que já é a ante-sala do feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado)⁹:

“Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, vão restringindo sua capacidade de diferenciação”. (ob. cit., pp. 3 e 4, sem destaque no original)

36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado *in vitro*, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, **o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo *fazimento* de uma nova pessoa humana**; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um

⁹ Lê-se em Cláudio Fonteles (“A vida humana é dinamismo essencial inesgotável”, p. 1): “A vida humana é dinamismo essencial. Na fecundação – união do espermatozóide com o óvulo – e a partir da fecundação a célula autônoma – zigoto – que assim surge, por movimento de dinamismo próprio, independente de qualquer interferência da mãe, ou do pai, realiza a sua própria constituição, bipartindo-se, quadripartindo-se, no segundo dia, no terceiro dia, e assim por diante.

processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Donde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929):

“A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”;

“Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação”.

37. Afirme-se, pois, **e de uma vez por todas**, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. **Não é isso**. O que autoriza a lei é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da “auto-replicação”), poderiam experimentar com o tempo o risco de u’a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido potipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares. Dejetos tanto mais numericamente incontroláveis quanto inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e seus produtos finais¹⁰.

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. **Ei-la: há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*?** Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

39. Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de

¹⁰ De se registrar que a presente ação direta não impugna o descarte puro e simples de embriões não aproveitados “no respectivo procedimento”. A impugnação é quanto ao emprego de células em pesquisa científica e terapia humana.

“família”. Família de pronto qualificada como “base da sociedade” e merecedora da “proteção especial do Estado” (caput do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.ºs. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de monoparental. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do “**planejamento familiar**”. Mais exatamente, planejamento familiar que, “**fruto da livre decisão do casal**”, é “**fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável**” (§ 7º desse emblemático artigo 226, negritos à parte). Donde a intelecção de que:

I - dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto responsabilmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 5º);

II – princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, **para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade”** (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, **para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva.**

40. Dá-se que essa figura jurídico-constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do artigo 226), que impõe ao Estado o dever de “**propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito**” (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), “**vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas**” (original sem destaque).

41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo certo que:

I - a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da “especial proteção do Estado” (base que é de toda a sociedade);

II - não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: **o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidacão no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?** Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para **educá-los** na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: “A educação, direito de todos e dever do Estado **e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (sem negrito e sublinha, no texto original).

44. Recolocando a idéia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, **ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais**: o conjunto do artigo 227, impositivo do dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

45. Tudo isto, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação

responsável. Modelo concebido diretamente pela Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes (“excedentários”) dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a gestante a ter que aceitar verdadeira ninhada de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, *literis*: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher”.

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões *in vitro* está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto *in natura* ou nãoartificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MackKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

“A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não-eu”.

47. É o trecho que se divisa às pp. 77 do mencionado livro “Domínio da Vida”. Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que:

“Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente ‘dentro’ dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo. É ‘dela’, e é dela mais do que de qualquer outra pessoa” porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está (...).”

48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. **Não sabe o que é solidão**, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, **quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero**. Impossível esquecer-lo! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas o início de uma trajetória instintiva que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária (“o absoluto e terrível colapso da luz”, na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, página 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de animação ou presença da alma, essa alma junta-se à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas vizinhas de porta, no interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um estar ali do lado, fisicamente, para se tornar um estar aqui por dentro, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida **é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana. É ele que verdadeiramente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie**. Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. Monumentaliza por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas veias e a corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar).

50. São dois fenômenos concomitantes ou compresentes, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo benquerer. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito sobrevaloriza como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembrese). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional **uma casa de fazer destino**. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do homo sapiens. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo **a natureza mesma da maternidade**. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria inda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermeneuta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psico-física e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas “de aluguel”, por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvarios, falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II - a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente,

na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensase mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à ministra Ellen Gracie, presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança “conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade”.

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que **um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte**: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização”.

55. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, **primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida**. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. **Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras “desta vida de alguém-túmulo”**, como diria o poeta Mario de Andrade. Confira-se o texto legal:

“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 e registrada 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” (art. 3º, caput).

56. O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação**. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso

por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém**. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano**¹¹. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral**.

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio**. Um olhar mais atento para os

¹¹ Enquanto Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à existência da alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) “afirmava, categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior – quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino” (Dworkin, ob. cit., pp. 55/56). Disse mais Ronald Dworkin sobre o autor da Suma Teológica: “As idéias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão (...)” (pp. 56/57).

explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social **o advento do constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida **em comunidade** (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: “O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida. É impossível não questionar a vida” (Correio Braziliense, “Revista do Correio”, 27 de janeiro de 2008, ano 3, número 141, p. 32).

60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: “A paralisia cerebral é uma anomalia motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai. Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo contra o cérebro”. E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a profundidade amorosa: “Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão Vermelho conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar” (revista “Veja”, editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

61. Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, **então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada**. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.

62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ADIN sob *judice*, trago à ribalta mais uma invocação de ordem constitucional. É que o referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, **não por acaso**, da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de nº 194. Mais ainda, saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). Com o que se tem **o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência**. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo “ciência”, já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

“Art. 5º.
(...)
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”.

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

64. Acresce que o substantivo “expressão”, especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo subir à tona ou vir a lume de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica. 65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de nº IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: “A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências”.

66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da Constituição-cidadã para com a

Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de sistema; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

67. Tem-se, neste lanço, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos (“Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento”, ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como “era do conhecimento”.

68. “Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquirições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez “o monstro da indiferença” (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico **deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento**? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham com pilhas nas costas não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida estalando de nova (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u’a morte muitas vezes tão iminente quanto não-natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética

humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé.

É como voto.

ANEXO 2 – TRECHO EXTRAÍDO DO TEXTO DA ADPF 54/DF: VOTO DO RELATOR

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Padre Antônio Vieira disse-nos: *“E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre”* – Sermão da Primeira Domingo do Advento.

A questão posta nesta ação de descumprimento de preceito fundamental revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal. É inevitável que o debate suscite elevada intensidade argumentativa das partes abrangidas, do Poder Judiciário e da sociedade. Com o intuito de corroborar a relevância do tema, faço menção a dois dados substanciais. Primeiro, até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal. Segundo, o Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. Esses dados foram os obtidos e datam do período de 1993 a 1998, não existindo notícia de realização de nova sondagem.

Para não haver dúvida, faz-se imprescindível que se delimite o objeto sob exame. Na inicial, pede-se a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia para todos e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal¹ (Decreto-Lei nº 2.848/40) que impeça a antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, previamente diagnosticada por profissional habilitado. Pretende-se o reconhecimento do direito da gestante de

¹ Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

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.

submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado.

Destaco a alusão feita pela própria arguente ao fato de não se postular a proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico. Busca-se tão somente que os referidos enunciados sejam interpretados conforme à Constituição. Dessa maneira, mostra-se inteiramente despropositado veicular que o Supremo examinará, neste caso, a descriminalização do aborto, especialmente porque, consoante se observará, existe distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia.

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente.

Na discussão mais ampla sobre o aborto, consoante salientam Telma Birchall e Lincoln Farias, incumbe identificar se existe algum motivo que autorize a interrupção da gravidez de um feto sadio. No debate sobre a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, o enfoque mostra-se diverso. Cabe perquirir se há justificativa para a lei compelir a mulher a manter a gestação, quando ausente expectativa de vida para o feto.² Conforme Luís Carlos Martins Alves Júnior, cumpre indagar se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão.³

Senhor Presidente, na verdade, a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Para mim, Senhor Presidente, a resposta é desenganadamente negativa. Começemos pelo Estado laico.

1. A República Federativa do Brasil como Estado laico

² Aborto de fetos anencéfalos, *in* Ethic@. Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

³ *In* O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10488>.>.

“Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”,
Evangelho de São Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17

Nas palavras de De Plácido e Silva: “LAICO. Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição ao de bispo, ou religioso”⁴.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, inicia-se com “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE” e, no artigo 5º, preconiza que “A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, *sem fórma alguma exterior do Templo*” (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentá-la, assevera⁵:

...realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as conseqüências derivantes dessa qualidade de Estado confessional, tais como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter aquela religião (art. 103), a de que competia ao Poder Executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar os beneplácitos a atos da Santa Sé (art. 102, XIV), quer dizer, tais atos só teriam vigor e eficácia no Brasil se obtivessem aprovação do governo brasileiro.

Apesar do disposto no artigo 5º, o artigo 179 da Constituição do Império assegurava a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança civil individual e a propriedade”. Da leitura dos incisos, verifica-se a liberdade de ação em geral, ainda que simplesmente formal⁶.

⁴ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico Conciso*. Editora Forense Jurídica. 1ª edição, 2008, p. 45. Anoto não estar em discussão eventual distinção terminológica entre laicidade e laicismo.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª edição. SP: Malheiros, 2003. p. 249/250.

⁶ Art. 179.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

(...)

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circunstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma

Elza Galdino relembra que o Decreto nº 001144, de 11 de setembro de 1861, indicava a natureza tolerante do Império brasileiro. Transcrevo-o⁷:

Faz extensivos os efeitos civis dos nascimentos, celebrados na forma das leis do Império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos das ditas pessoas bem como as condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas possam praticar atos que produzam efeitos civis.

Antes de ser aclamado, cabia ao Imperador realizar o juramento de manter a religião católica como oficial e nacional, devidamente protegida, nos seguintes termos:

Juro manter a religião católica apostólica romana, a integridade, a indivisibilidade do Império, observar e fazer observar a Constituição Política da nação brasileira e mais leis do Império e prover ao bem geral do Brasil, quanto em mim couber (artigo 103 do Texto Maior de 1824).

Era tamanha a importância atribuída ao referido juramento que, na dicção da Lei Fundamental de 15 de outubro de 1827, seriam severamente punidos todos aqueles que contribuíssem para a sua destruição. Caso se tratasse de Ministros e Secretários de Estado, sobre eles recairia a acusação de traição⁸.

Pode-se afirmar que, até então, o Brasil era um Estado religioso relativamente tolerante. Relativamente porque, embora estendesse os efeitos civis a atos religiosos em geral e permitisse a realização de cultos não católicos, limitava-os ao âmbito doméstico e aos templos, proibindo qualquer manifestação não católica exterior.

No limiar da transição do Império para a República, o Estado brasileiro houve por bem separar-se da Igreja, conforme evidencia a ementa do Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, o qual:

Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências.

Registro histórico interessante é a correspondência entre Dom Marcelo Costa, Bispo do Pará, e Ruy Barbosa, Ministro do Governo Provisório incumbido de redigir o decreto do qual adviria a separação entre o Estado e a Igreja. Em 22 de dezembro de 1889, Dom Marcelo Costa, impossibilitado de comparecer a certa reunião, enviou carta ao Ministro manifestando-se acerca do “decreto de separação”:

providencia, como medida provisória, e indispensável, suspendendo-a imediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

⁷ Estado sem Deus – A obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 71.

⁸ SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *in* Revista de Informação Legislativa, v. 11, n. 41, p. 75-126, jan./mar., 1974. p. 81.

Não desejo a separação, não dou um passo, não faço um aceno para que se decreta no Brasil o divórcio entre o Estado e a Igreja. Tal decreto alterando profundamente a situação da Igreja poderia causar grande abalo no país. Talvez fosse de melhor prudência, de melhor política e até mais curial reservar esse assunto para a próxima assembléia constituinte. Mas, se o Governo Provisório está decidido a promulgar o decreto, atenda-se o mais possível à situação da Igreja, adquirida entre nós, há cerca de três séculos. É evidente que sob o pretexto de liberdade religiosa não devemos ser esbulhados⁹.

A laicidade, que não se confunde com laicismo¹⁰, foi finalmente alçada a princípio constitucional pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, cujo artigo 11, § 2º, dispôs ser vedado aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Desde então, todos os textos constitucionais reproduziram o conteúdo desse artigo – a Constituição de 1934 fê-lo no artigo 17, incisos II e III¹¹, ampliando a proibição aos entes municipais; o Texto Maior de 1937 menciona-o no artigo 32, alínea “b”¹²; a Carta de 1946 dispôs a respeito do tema no artigo 31, incisos II e III, referindo-se, pela primeira vez, ao Distrito Federal¹³; no Diploma Constitucional de 1967¹⁴ e na Emenda Constitucional nº 1/69¹⁵, o preceito ficou no artigo 9º, inciso II.

Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado. Nos debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Antônio Mariz, enfatizou:

⁹ *Apud* SCAMPINI, Ob. cit. p. 81.

¹⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra Editora, 1996. p. 306 e 307. Laicidade significa uma atitude de neutralidade do Estado, ao passo que laicismo designa uma atitude hostil do Estado para com a religião.

¹¹ Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

¹² Art 32 - É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

¹³ Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;

III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

¹⁴ Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;

¹⁵ Art. 9º - À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1980)

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar; e

o fato de a separação entre Igreja e Estado estar hoje incorporada aos valores comuns à nacionalidade, não é suficiente para eliminar do texto constitucional o princípio que a expressa.

Nesse contexto, a Constituição de 1988 consagra não apenas a liberdade religiosa – inciso VI do artigo 5º –, como também o caráter laico do Estado – inciso I do artigo 19. Citados preceitos estabelecem:

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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

[...]

Pois bem, Senhor Presidente, não obstante tais dispositivos, o preâmbulo da atual Carta alude expressamente à religião cristã. Eis o teor:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

No entender de Pinto Ferreira, “(...) o preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem a sua significação política, como uma reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular”¹⁶. Antes, João Barbalho anotara não ser o preâmbulo “(...) uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela [Constituição]; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuídos dos que a arquitetaram”¹⁷.

A despeito de tais opiniões, essa não foi a posição abraçada por este Supremo quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC,

¹⁶ Comentários à Constituição Brasileira, v. 1. SP: Saraiva, 1989. p. 71.

¹⁷ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal Brasileira: Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992.

da relatoria do Ministro Carlos Velloso¹⁸. Na ocasião, o Tribunal explicitou que a menção a Deus carece de força normativa, conforme se depreende da ementa:

CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO.

NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Naquela assentada, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a “locução ‘sob a proteção de Deus’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigações para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato jactanciosa e pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país”¹⁹.

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida –, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.

Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à baila com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas²⁰.

Há mais. Causa perplexidade a expressão “Deus seja louvado” contida nas cédulas de R\$ 2,00, R\$ 5,00, R\$ 10,00, R\$ 20,00, R\$ 50,00 e R\$ 100,00, inclusive nas notas novas de R\$ 50,00 e R\$ 100,00, essas últimas em circulação a partir de 13 de dezembro de 2010. Em princípio, poder-se-ia cogitar de resquício da colonização portuguesa, quando era comum a emissão de moedas com legendas religiosas, ou de prática advinda do período imperial. Diligência junto ao Banco Central, no entanto, revelou que o Conselho Monetário Nacional – CMN, ao aprovar as características gerais das cédulas de Cruzados e de Cruzeiros, recomendou, de acordo com orientação da Presidência da República, que nelas fosse inscrita a citada locução.

¹⁸ Publicado no Diário da Justiça de 8 de agosto de 2003.

¹⁹ José Renato Nalini, em texto publicado na seção Tendências/Debates da Folha de São Paulo, em 24 de setembro de 2009, sob o título “A cruz e a Justiça”, destaca o fato de a nação brasileira ter “nascido” sob a invocação da cruz, já tendo sido chamada, inclusive, de Terra de Santa Cruz.

²⁰ DWORIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 59.

Nas cédulas de Cruzados, começou, então, a ser utilizada inclusive naquelas que tiveram a legenda adaptada: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) e Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sessão 468, de 26 de junho de 1986. Quando voltou a vigorar o padrão Cruzeiro (1990), foi suprimida no início, inclusive nas que tiveram a legenda adaptada: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$ 200,00 (República) e Cr\$ 500,00 (Ruschi). Voltou a ser usada a partir da cédula de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), em 1992, com base no Voto CMN 129/91 – Sessão 525, de 31 de julho de 1991. No início do padrão Real, foi retirada, mas retornou, após a emissão de algumas séries, em observância ao pedido do Ministro da Fazenda (Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do Ministério da Fazenda, Voto BCB/221, Sessão 1.577, de 8 de junho de 1994, Comunicado MECIR 4.050, de 20 de julho de 1994).

Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional. A toda evidência, o fato discrepa da postura de neutralidade que o Estado deve adotar quanto às questões religiosas. Embora não signifique alusão a uma religião específica, “Deus seja louvado” passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apóia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República. Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente confessional. Consigno, para efeito de documentação, que ao término de 2011, o Ministério Público intercedeu objetivando esclarecimentos sobre a matéria. Porém, não houve, até aqui, desdobramento sob o ângulo da efetiva impugnação.

A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmiento, revela-se princípio que atua de modo dúplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário²¹.

Analisando o tema sob o primeiro ângulo, que garante a não intervenção estatal no âmbito religioso, este Tribunal, em meados da década de 50, consignou competir exclusivamente à autoridade eclesiástica resolver sobre normas da confissão religiosa. Nas palavras do relator do Recurso Extraordinário nº 31.179/DF, Ministro Hahnemann Guimarães, então ocupante desta cadeira e Professor da Nacional de Direito:

[A] autoridade temporal não pode decidir questão espiritual, surgida entre autoridade eclesiástica e uma associação religiosa. Esta impossibilidade resulta da completa liberdade espiritual, princípio de política republicana, que conduziu à separação entre a Igreja e o

²¹ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, *in* Revista de Direito do Estado, Ano 2, nº 8: 75-90, out./dez. 2007.

Estado, por memorável influência positivista, de que foi órgão Demétrio Ribeiro, com o projeto apresentado ao Governo Provisório em 9 de Dezembro de 1889²².

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não podem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo, assentada em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa:

nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifos no original).

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles²³. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não

²² Diário da Justiça de 26 de junho de 1958.

²³ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Capítulo 3. Religião e Dignidade. *Princeton University Press*, 2006. p. 60 e 61.

pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.

Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas” (folhas 1026 e 1027), ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.

2. A anencefalia

As informações e os dados revelados na audiência pública em muito contribuíram para esclarecer o que é anencefalia, inclusive com a apresentação de imagens que facilitaram a compreensão do tema. A anomalia consiste em malformação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do crânio, resultante de defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária. Como esclareceu o Dr. Heverton Neves Pettersen²⁴, representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio”²⁵.

O anencéfalo, tal qual o morto cerebral, não tem atividade cortical. Conforme exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop²⁶ – representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Professor Livre Docente em Genética Médica da Universidade de São Paulo e Professor de Ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí –, no eletroencéfalo dos portadores da anomalia, há uma linha isoeletrica, como no caso de um paciente com morte cerebral. Assim, concluiu o especialista, “isto é a morte cerebral, rigorosamente igual. O anencéfalo é um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.²⁷

O feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico. Faltam-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios

²⁴ Formado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com título de Especialista em Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Associações em Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Pósgraduado em Medicina Fetal pelo Hospital King’s College – Londres, à época, Vice Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Diretor da Clínica Gennus – Núcleo de Medicina Fetal de Belo Horizonte e Coordenador do Serviço de Medicina Fetal do Hospital Vila da Serra/Nova Lima.

²⁵ 25 Sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 24.

²⁶ 26 Graduado em Medicina pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1971), especialização em Ginecologia e Obstetrícia pela Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo (1973), especialização em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Clínica (1995), especialização em Título de Ginecologia e Obstetrícia pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (1996), especialização em Medicina Fetal pela Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (2004), mestrado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1977) e doutorado em Ciências Biológicas (Biologia Genética) pela Universidade de São Paulo (1981).

²⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 95.

cerebrais. Faltam, portanto, não somente os fenômenos da vida psíquica, mas também a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas. O feto anencefálico não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central “responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.”²⁸

De acordo com Mário Sebastiani, alguns anencéfalos apresentam:

estímulos dolorosos. Não obstante esta resposta se entende melhor como reflexo doloroso do tronco anencéfalo. Este pormenor é importante posto que implica apenas a existência de um arco reflexo, sem apreciação sensível ao estímulo. A sensação de dor necessita algo mais do que o tronco do cérebro (por exemplo, do tálamo) e o sofrimento exige um substrato neural necessário para perceber, como ameaça, a sensação da dor (neocórtex dos lóbulos frontais). Dado que o anencéfalo carece de tálamo, não há substrato neural para experimentar a dor, da mesma maneira que carece de substratos cerebrais indispensáveis para o raciocínio, a comunicação, o conhecimento e a sensibilidade em geral²⁹.

A anencefalia configura – e quanto a isso não existem dúvidas – doença congênita letal, pois não há possibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior³⁰. A afirmação categórica de que a anencefalia é uma

²⁸ SHEWMON, David A. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hasting Cent Rep, 1988. 18 (5). p. 11/19. No mesmo sentido, o Dr. Thomaz Rafael Gollop asseverou, durante o pronunciamento na audiência pública de 28 de agosto de 2008, “Esta é a condição de um feto anencefálico: ele não tem crânio nem cérebro. Logo, não pode ter nenhum tipo de sentimento, porque não há uma estação que processe isso” (folha 99).

²⁹ *Apud* FRANCO, Alberto Silva. Ob. Cit. p. 402/403.

³⁰ Para confirmar tal entendimento, observem os seguintes trechos das exposições realizadas na audiência pública. Na primeira sessão, o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes anotou que “a anencefalia é, ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, (...) que exigirá dos pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte” e complementou que não há cura, no momento atual, para a citada anomalia. Naquela mesma audiência, a Sra. Marlene Rossi Severino Nobre, ao ser indagada pelo Dr. Luís Roberto Barroso, advogado da arguente, se a anencefalia levava à morte, de maneira peremptória, disse que sim (transcrição, folhas 23, 27 e 55, respectivamente). Na segunda sessão, o Sr. Roberto Luiz D’Ávila consignou que o anencéfalo não se tornará um ser humano, opinião ratificada pelo Dr. Jorge Andalaft Neto que, ao conceituar a anencefalia, aduziu ser “letal e multifatorial”; pelo Dr. Heverton Pettersen, que considera o “feto anencéfalo um natimorto neurológico”; pelo Dr. Salmo Raskin, ao suscitar que padece o anencéfalo de uma “degeneração dos neurônios, e a morte acontece dentre de horas ou dias”. Na lição do Dr. José Aristodemo Pinotti, um feto anencéfalo não tem cérebro e não tem potencialidade de vida, sendo seu diagnóstico, quando corretamente feito, letal em cem por cento dos casos. A Sra. Lenise Aparecida Martins Garcia, mesmo defendendo a tese da inviolabilidade da vida humana, curvou-se ao fato de que apenas um por cento dos anencéfalos sobrevive por cerca de três meses, de acordo com dados de 1987, e o prazo máximo observado foi de um ano e dois meses. O Dr. Thomaz Rafael Gollop mostrou-se enfático ao definir o anencéfalo como um morto cerebral, dotado de batimento cardíaco e respiração (transcrição, folhas 7, 16, 30, 60, 70, 82 e 94, respectivamente). A terceira sessão de audiência pública foi aberta com a exposição do então Ministro de Estado da Saúde, José Gomes Temporão, que tratou da anencefalia como uma “má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”, sendo isso, afirmou, uma certeza médica e científica atestada pela Organização Mundial da Saúde. A Dra. Cláudia Werneck sustentou não possuir o anencéfalo expectativa de vida fora do útero (transcrição, folhas 3 e 24, respectivamente). No quarto dia de audiência pública, a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira anotou ser o feto anencéfalo um bebê com “curtíssimo” tempo de vida e o Dr. Talvane Marins de Moraes mencionou que, na anencefalia, está excluída a vida de relação, inexistindo atividade cortical, correspondendo à morte cerebral (transcrição, folhas 4, 53 e 57, respectivamente).

malformação letal funda-se na explanação de especialistas que participaram da audiência pública.

O saudoso Deputado Federal e Professor Titular da Universidade de São Paulo e da Universidade de Campinas, Dr. José Aristodemo Pinotti³¹, foi bastante elucidativo ao confirmar que há dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia³². Ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, *inexiste presunção de vida extrauterina*. “Um feto anencéfalo não tem cérebro, não tem potencialidade de vida”³³. Na parte final da fala do ilustre Professor, a arguente pediu que fossem confirmadas ou refutadas algumas proposições, entre elas, a de que anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos. Sua Excelência foi enfático: “Letal, em cem por cento dos casos, quando o diagnóstico é correto”³⁴. E ainda reiterou: “O feto anencéfalo, sem cérebro, não tem potencialidade de vida. Hoje, é consensual, no Brasil e no mundo, que a morte se diagnostica pela morte cerebral. Quem não tem cérebro, não tem vida”³⁵.

Na mesma linha se pronunciou o já referido representante da Sociedade de Medicina Fetal, Dr. Heverton Neves Pettersen³⁶, que afirmou: “nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central”. Igualmente, o Dr. Thomaz Rafael Gollop³⁷, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, foi peremptório: “anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso”. Por sua vez, o Dr. Jorge Andalaft Neto, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia³⁸, asseverou: “A anencefalia é incompatível com a vida (...)”³⁹. Dessa posição não divergiu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁴⁰. Consoante Sua Excelência, a “anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero”⁴¹.

De fato, em termos médicos, há dois processos que evidenciam o momento morte: o cerebral e o clínico. O primeiro é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente em atividade. O segundo é a parada irreversível das

³¹ Médico sanitário, especialista pelas Univesidades de Florença e Milão, Itália, e pelo Institute Gustave Roussy de Paris.

³² O Dr. Thomaz Rafael Gollop corroborou tal afirmativa, dizendo-nos: “Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia” (sessão de audiência pública realizada no dia 28 de agosto de 2008, transcrição, folha 97).

³³ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 75.

³⁴ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 76.

³⁵ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 77.

³⁶ Ver nota de rodapé 24.

³⁷ Ver nota de rodapé 26.

³⁸ Médico ginecologista e obstetra, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina – UNIFESP, professor titular de obstetrícia e ginecologia da Universidade de Santo Amaro, membro da Comissão Nacional de Aborto Previsto em Lei da FEBRASGO, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia.

³⁹ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 16.

⁴⁰ Médico sanitário, com título de Especialista em Doenças Tropicais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestre em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e doutor em Medicina Social pelo Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

⁴¹ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 4.

funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, resultando em posterior necrose celular. Conforme a Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, do Conselho Federal de Medicina, os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar, de modo inequívoco, a ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou, ainda, a inexistência de perfusão sanguínea cerebral.

Não foi por outra razão que o Conselho Federal de Medicina, mediante a Resolução nº 1.752/2004, consignou serem os anencéfalos natimortos cerebrais.

O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop⁴², a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral⁴³.

E mais: o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo – 75% não alcançam o ambiente extrauterino⁴⁴. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas.⁴⁵ Ainda que exista alguma controvérsia quanto a esses percentuais, haja vista o que exposto pela Dra. Ieda Therezinha⁴⁶ na audiência pública, é indubitável que os anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero⁴⁷.

No célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas. Não se tratava de anencefalia no

⁴² Ver nota de rodapé 26.

⁴³ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 96.

⁴⁴ Expôs o Dr. Gollop que “aproximadamente setenta e cinco por cento dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero. As estatísticas oscilam entre cinquenta e setenta e cinco por cento, porque dependem da legislação de cada país (...). Dos vinte e cinco por cento que chegam a nascer, todos têm sobrevida vegetativa, que cessa, na maioria dos casos, dentro de vinte e quatro horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevida” (segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 97).

⁴⁵ Confirmando tais dados, remeto às informações prestadas pelo Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, no primeiro dia de audiência pública. Relatou que, consoante dados de Pomerance, a expectativa é de que 47% das crianças morram no 1º dia, 44% entre um dia e uma semana, 8% entre uma semana e um mês e 1% com cerca de três meses (transcrição, folha 27). Igualmente, durante a segunda audiência pública, os Drs. Salmo Raskin e Lenise Aparecida Martins Garcia sustentaram, respectivamente, que o feto anencéfalo padece de uma degeneração dos neurônios, circunstância que ocasiona a morte dentro de horas ou dias; que o período máximo encontrado de sobrevida na literatura médica foi de um ano e dois meses, sendo que, ocasionalmente, de sete a dez meses (transcrição, folhas 60 e 82 e 83). No terceiro dia de audiência pública, a Sra. Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi anotou que de 40 a 60% dos fetos anencéfalos nascem com vida, mas apenas 8% sobrevivem por algum tempo (transcrição, folha 35). No quarto dia de audiência pública, o Dr. Talvane Marins de Moraes apontou, em consonância com a exposição do Dr. Thomaz Rafael Gollop, a ocorrência da morte de 75% dos fetos anencéfalos ainda dentro do útero, o que importaria em uma gravidez de alto risco (transcrição, folha 58).

⁴⁶ Médica especialista em endocrinologia, professora da aludida disciplina na Escola Paulista de Medicina.

⁴⁷ A Dra. Ieda Therezinha sustentou que, apesar de a expectativa de vida ser variável no caso dos fetos anencéfalos, há situações “que são nascidos vivos – e esse número é expressivo: 40% a 60% – se bem que, após o nascimento, somente 8% sobrevivem por algum tempo” (terceira audiência pública, transcrição, folha 35).

sentido corriqueiramente utilizado pela literatura médica, mas de meroencefalia. Vale dizer: o feto possuía partes do cérebro – cerebelo e pedaço do lóbulo temporal – que viabilizavam, embora precariamente, a vida extrauterina. Daí não se poder qualificá-lo, em sentido técnico, como feto anencéfalo, o qual jamais será dotado de tais estruturas. Em audiência pública, o Dr. Heverton Neves Pettersen⁴⁸ esclareceu:

E o caso clássico que tivemos no ano passado, da Marcela, está aí a tomografia já apresentada anteriormente, e posso provar aos Senhores e a Sua Excelência que é uma falsa idéia de anencéfalo, porque essa criança apresenta, como podemos ver na tomografia, região do cerebelo, tronco cerebral e um pedacinho de lóbulo temporal que faz parte dos hemisférios cerebrais. Então, isso não é diagnóstico de anencefalia⁴⁹.

Mais adiante, ratificou:

Se considerarmos que para o diagnóstico de anencéfalo tem de ter ausência dos hemisférios cerebrais, ausência de calota craniana, ausência de cerebelo e um tronco cerebral rudimentar – e a Marcela apresentava uma formação cerebelar com uma deficiência importante de sua formação, mas facilmente detectável nas imagens apresentadas, como também apresentava resquício do lóbulo temporal, que faz parte dos hemisférios cerebrais, podemos ver que ela não se classifica dentro do diagnóstico de anencéfalo, seria ali uma meroencefalia, uma meroacrania – mero significa porção -, segmento de um anencéfalo.⁵⁰

O ponto também foi objeto da exposição do Professor Pinotti⁵¹. Ao ser indagado pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Tribunal, o douto especialista respondeu:

Senhor Presidente, realmente houve um erro diagnóstico no caso da Marcela. Isso foi comprovado aqui pelo Doutor Pettersen, que expôs claramente essa questão. Não era um feto anencéfalo.

Por outro lado, é perfeitamente possível, com aparelhos normais, por ecografistas, com o mínimo de experiência, ser feito um diagnóstico de certeza da anencefalia.

Cumprе rechazar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevivida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia,

⁴⁸ Ver nota de rodapé 24.

⁴⁹ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 29.

⁵⁰ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 32.

⁵¹ Ver nota de rodapé 31.

não”⁵². De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.

A corroborar esse entendimento, Cláudia Werneck⁵³ – representante da “Escola da Gente”, que tem como objetivo a inclusão, na sociedade, de pessoas com deficiência – asseverou que a anencefalia, por conta da total falta de expectativa de vida fora do útero, não pode ser considerada deficiência e, portanto, não cabe questionar se existe negação do direito à vida ou discriminação em função de deficiência⁵⁴. Nas palavras peremptórias da representante da entidade que se dedica a combater discriminação contra deficientes, “é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero”.⁵⁵

Destarte, afasto, desde logo, a aplicação, na espécie, dos preceitos da Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas⁵⁶, especialmente os dispositivos abaixo transcritos para efeito de documentação:

Art. 6º.

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

Art. 23.

1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e as circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados.

Do mesmo modo, revela-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

⁵² A doutora Lia Zanotta Machado foi ouvida como representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. É graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo, tem mestrado em Sociologia pela mesma Universidade e doutorado em Ciências Humanas, também pela Universidade de São Paulo, fez cursos de pós-graduação, compõe o Conselho Diretor da Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, tendo integrado a Comissão que elaborou o anteprojeto de lei sobre a revisão da legislação punitiva e restritiva ao aborto no Brasil (terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 51).

⁵³ Jornalista, pós-graduada em Comunicação e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz.

⁵⁴ Como bem afirma Débora Diniz, não há pessoas anencéfalas no mundo. É um desrespeito à comunidade deficiente compará-los aos anencéfalos, *in Em nome da mãe*. Entrevista concedida à Revista Época. Edição 321. 17 de julho de 2004. Disponível em <http://revistaepoca.com.br>.

⁵⁵ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 24.

⁵⁶ Ratificada pelo Estado brasileiro em 24 de setembro de 1990. Informação disponível na página eletrônica do Ministério das Relações Exteriores.

crueledade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.

Ainda sobre os contornos da anomalia, cumpre registrar que a anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª semana de gestação⁵⁷, por meio de ultrassonografia, estando a rede pública de saúde capacitada para fazê-lo. Geralmente, os médicos preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para confirmação. Trata-se de um diagnóstico de *certeza*, consoante enfatizaram doutos especialistas na audiência pública. A par dos depoimentos já reproduzidos, convém realçar as palavras do Dr. Thomaz Rafael Gollop⁵⁸:

A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico.

O ex-Ministro da Saúde José Gomes Temporão⁵⁹ rechaçou qualquer dúvida acerca da capacidade da rede pública de proceder ao diagnóstico. Disse Sua Excelência:

O Sistema Único de Saúde tem plenas condições de oferecer, e oferece, diagnóstico seguro às mulheres durante o pré-natal. A imagem ecográfica é clara em diagnosticar um feto com anencefalia. Na Medicina fetal, há duas certezas de diagnóstico por imagem: o óbito fetal e a anencefalia.

[...]

No geral, o diagnóstico de anencefalia no feto é dado em torno da décima segunda semana de gestação. Os exames de rotina do pré-natal detectam a má-formação fetal e a mulher é informada do diagnóstico. Ela é, então, convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outras equipes médicas. Nos municípios onde existem hospitais de referência em Medicina fetal, a mulher é encaminhada para esses serviços. Posso assegurar que o diagnóstico de anencefalia resulta de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes de saúde multidisciplinares.

Constata-se que, para parcela significativa de renomados especialistas, há diagnóstico de certeza, estando a rede pública de saúde capacitada para realizá-lo, o que, por óbvio, não impede que órgãos e entidades competentes estabeleçam protocolos e cuidados a serem tomados para torná-lo ainda mais seguro. Tal medida será salutar.

⁵⁷ Há estudos que indicam que, em razão da imensa qualidade dos exames de ultrassonografias, é possível identificar a malformação já na oitava semana gestacional. Nesse sentido, pronunciou-se o representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Doutor Heverton Neves Pettersen, na sessão de audiência pública realizada em 28 de agosto de 2008.

⁵⁸ Ver nota de rodapé 26.

⁵⁹ Ver nota de rodapé 40.

Expostas as balizas da anencefalia, passemos aos possíveis argumentos favoráveis à proteção do anencéfalo, sempre tendo presente a laicidade do Estado.

3. Doação de órgãos de anencéfalos

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos⁶⁰. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula. Kant, em “Fundamentação à Metafísica dos Costumes”⁶¹, assevera:

o homem, e, de maneira geral, todo o ser racional, existe como fim de si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.

A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalos fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá –, não se poderia compeli-la, com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição de humana. Maíra Costa Fernandes pondera sabiamente ser a doação ato intrinsecamente voluntário, jamais imposto, e salienta não aceitar o Direito brasileiro sequer a obrigatoriedade de doação de sangue ou de medula óssea – atos capazes de salvar inúmeras pessoas, os quais não reclamam sacrifício próximo ao da mulher obrigada a dar continuidade à gestação de um anencéfalo. Nessa linha, afirma, “qualquer restrição aos direitos da gestante sobre o próprio corpo retira toda a magnitude do ato de doar órgãos, espontâneo em sua essência”⁶².

⁶⁰ O ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, em manifestação de agosto de 2004, asseverou que 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” (folha 218).

⁶¹ p. 135.

⁶² FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de Gravidez de Feto Anencéfalo: Uma Análise Constitucional*. p. 111/158. In SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da Vida*:

Débora Diniz⁶³ também é bastante precisa ao sintetizar a questão⁶⁴:

O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo. Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa (...).

A circunstância de o feto anencéfalo ser comumente portador de diversas outras anomalias e de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis praticamente impossibilita a doação de órgãos, conforme elucidaram em audiência pública os Drs. Salmo Raskin⁶⁵ e José Aristodemo Pinotti⁶⁶. Cabe reproduzir, no ponto, os esclarecimentos do Dr. Salmo Raskin, representante da Sociedade Brasileira de Genética Médica⁶⁷:

Os fetos anencefálicos não podem ser doadores de órgãos pelo que eu expus, porque são portadores, em grande parcela das vezes, de múltiplas malformações; referi-me àquelas que são detectáveis pelos métodos, sem falar nas alterações íntimas dos tecidos do corpo, que não podem ser detectadas, a não ser que se faça um exame extremamente complexo. Além disso, os órgãos dos fetos anencefálicos são menores, tanto que cerca de 80% dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intra-uterino. De modo que os órgãos deles não são órgãos que possam ser aproveitados para o transplante.

Não se olvida ter o Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2009, aprovado a Resolução nº 1.752, cujo teor autoriza os médicos a efetuarem transplantes de órgãos de fetos anencefálicos. Porém, segundo o Parecer nº 24/2003, do qual resultou a Resolução:

Os critérios de morte encefálica, constantes da Resolução, CFM nº 1480/97, são baseados na ausência de atividade de todo o cérebro, incluindo, obviamente, o tronco cerebral. No anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação dos critérios relativos a exames complementares de diagnóstico de morte encefálica, constantes nos artigos 6º e 7º da resolução supracitada, sejam os métodos gráficos (eletroencefalograma), sejam os métodos circulatórios, pela ausência de neocórtex, anormalidade da rede vascular cerebral e ausência de calota craniana. Restaria a utilização dos parâmetros clínicos de morte

Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos RJ: Lúmen Júris, 207. p. 150 e 152.

⁶³ Antropóloga, mestre e doutora em Antropologia pela Universidade de Brasília, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS.

⁶⁴ *In O luto das mulheres brasileiras*. Jornal da Febrasgo, São Paulo, out./2004. p. 8/9. Disponível em [HTTP://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm). Acesso em 14 de setembro de 2010.

⁶⁵ Médico pediatra e geneticista, especialista em Genética Molecular pela Universidade de Vanderbilt, Estados Unidos, especialista em Genética Clínica pela Sociedade Brasileira de Genética Médica, doutor em Genética pela Universidade Federal do Paraná.

⁶⁶ Ver nota de rodapé 31.

⁶⁷ Segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 64.

encefálica (coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apnéia), respeitando-se a idade mínima de sete dias (artigos 4º e 5º). Entretanto, corroborando a total inadequação para essas situações, os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida. Nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, “*tornando-se inúteis para uso em transplantes*”. (grifei)

A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação.

4. Direito à vida dos anencéfalos

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica.

Tal assertiva fica corroborada pelos ensinamentos de Nelson Hungria, que, na década de 50, já condicionava a configuração do tipo penal aborto à existência de potencialidade de vida. Diz ele⁶⁸:

O interesse jurídico relativo à vida e à pessoa é lesado *desde que se impede a aquisição da vida e da personalidade civil a um feto capaz de adquirilas*. Por outro lado, ainda que não se pudesse falar de vida em sentido especial ou próprio, relativamente ao feto, não deixaria de ser verdade que este é dotado de vida intra-uterina ou biológica, que também é vida, em sentido genérico. Quem pratica um aborto não opera ‘in materiam brutam’, mas contra um homem na ‘ante-sala’ da vida civil. O feto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem ‘in spem’. Entre o infanticídio (eliminação de vida extra-uterina) e o aborto (eliminação da vida intra-uterina) a diferença é de apenas um grau, ou, como dizia CARRARA, de quantidade natural e de quantidade política.

⁶⁸ Volume V, RJ: Forense, 1958. p. 15, 286 e 287.

E prossegue:

caso de gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. 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 aborto) 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. (grifei)⁶⁹.

Sábias palavras de Nelson Hungria, a repercutirem neste julgamento, verificado cerca de sessenta anos após. É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina⁷⁰. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Não nos custa lembrar: estamos a tratar do mesmíssimo legislador que, para proteger a honra e a saúde mental ou psíquica da mulher – da mulher, repito, não obstante a visão machista então reinante⁷¹ –, estabeleceu como impunível o aborto provocado em gestação oriunda de estupro, ou seja, quando o feto é plenamente viável.

Senhor Presidente, mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece-me lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Padre Antônio Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos.

⁶⁹ *Idem, ibidem*. p. 297/298

⁷⁰ Marcos Valentin Frigério examina o histórico do surgimento e dos desenvolvimentos dos diagnósticos da medicina fetal. Ob. cit. p. 272/275.

⁷¹ Cito como exemplos de evidência da visão machista reinante a redação original dos artigos 215 e 216 do Código Penal, nos quais constava a expressão “mulher honesta” como elementar dos crimes de posse mediante fraude e de atentado ao pudor mediante fraude, e a do artigo 217, revogado pela Lei nº 11.106/2005, em que se tipificava como crime a sedução de mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze. No mesmo sentido, o antigo Código Civil, Lei nº 3.071/16, previa como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” (artigo 219, inciso IV), dispunha ainda que o marido fosse o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da mulher, competindo-lhe, entre outras, a representação legal da família e a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher (artigo 233), e que a autorização pelo marido para a compra, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica era presumida (artigo 247, inciso I). Existia a previsão do regime dotal como espécie de regime de bens entre os cônjuges, em franca demonstração da situação jurídica inferior da mulher (artigos 278 a 311) e a de competir ao marido, durante o casamento, o exercício do pátrio poder (artigos 380, cabeça, e 385). Interessante anotar que, somente em 1962, com a vigência da Lei nº 4.121, a mulher tornou-se capacitada para litigar em juízo civil ou comercial e aceitar mandato. Destaco que as restrições ao pleno exercício do voto feminino só foram eliminadas no Código Eleitoral de 1934. No entanto, o Código não tornava obrigatório o voto feminino. Apenas o masculino. O voto feminino, sem restrições, só passou a ser obrigatório em 1946.

Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o misoneísmo, ou seja, a aversão, sem justificativa, ao que é novo.

Aliás, no julgamento da referida e paradigmática Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias, um dos temas espinhosos enfrentados pelo Plenário foi o do que pode vir a ser considerado vida e quando esta tem início. Ao pronunciar-me quanto à questão do princípio da vida, mencionei a possibilidade de adotar diversos enfoques, entre os quais: o da concepção, o da ligação do feto à parede do útero (nidação), o da formação das características individuais do feto, o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos, o da viabilidade em termos de persistência da gravidez e o do nascimento. Aludi ainda ao fato de, sob o ângulo biológico, o início da vida pressupor não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade, elemento inexistente quando se trata de feto anencéfalo, considerado pela medicina como natimorto cerebral, consoante opinião majoritária.

Ao término do julgamento, o Supremo, na dicção do Ministro Ayres Britto, proclamou acertadamente:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativa de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. *A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. (...). O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum.* O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (Grifei)

Da leitura, destaco dois trechos. No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição "quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do **indivíduo-pessoa**, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.

No segundo trecho, este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante.

Enfim, cumpre tomar de empréstimo o conceito jurídico de morte cerebral previsto na Lei nº 9.434/97⁷², para concluir ser de todo impróprio falar em direito à vida intrauterina ou extrauterina do anencéfalo, o qual é um natimorto cerebral.

De qualquer sorte, Senhor Presidente, aceitemos – apenas por amor ao debate e em respeito às opiniões divergentes presentes na sociedade e externadas em audiência pública – a tese de que haveria o direito à vida dos anencéfalos, vida predominantemente intrauterina. Nesse contexto, uma vez admitido tal direito – premissa com a qual não comungo, conforme exposto à exaustão –, deve-se definir se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da dignidade, da liberdade, da autodeterminação, da saúde, dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres em favor da preservação do feto anencéfalo, ou o contrário.

4.1 O caráter não absoluto do direito à vida

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

⁷² 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 e registrada 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.

Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma. Eis o que ficou consignado:

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto...

Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se.⁷³

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos)⁷⁴, a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento.

Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”⁷⁵.

Assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo –, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo.

Passemos aos direitos da mulher que se contrapõem à preservação do feto anencéfalo.

⁷³ Trecho extraído de SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2006. p. 103.

⁷⁴ Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.

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

Pena - detenção, de um a três anos.

⁷⁵ *Vida Digna: Direito, Ética e Ciência*, in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 22 a 34. p. 22.

5. Direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia, à privacidade

A Organização Mundial de Saúde, no Preâmbulo do ato fundador, firmado em 22 de julho de 1946, define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”⁷⁶. No Plano de Ação da Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento, realizado na cidade do Cairo, Egito, em 1994, além de reconhecerem-se como direitos humanos os sexuais e os reprodutivos, estabeleceu-se como princípio que “toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental”.

Sob o ângulo da saúde física da mulher, toda gravidez acarreta riscos⁷⁷. Há alguma divergência se a gestação de anencéfalo é mais perigosa do que a de um feto sadio. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira⁷⁸, ouvida no último dia de audiência pública, enfatizou os riscos inerentes à antecipação do parto e questionou a óptica segundo a qual a manutenção da gravidez do feto anencéfalo mostra-se mais perigosa⁷⁹.

O Dr. Jorge Andalaft Neto, mestre e doutor em obstetrícia pela Escola Paulista de Medicina, representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, trouxe, por sua vez, dados da Organização Mundial de Saúde e do Comitê da Associação de Ginecologia e Obstetrícia Americana reveladores de que a gestação de feto anencéfalo envolve maiores riscos. De acordo com as informações por ele apresentadas, impor a manutenção da gravidez implica o aumento da morbidade bem como dos riscos inerentes à gestação, ao parto e ao pós-parto e resulta em consequências psicológicas severas.

Consoante defendeu o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão⁸⁰, a gravidez de feto anencéfalo “pode levar a intercorrências durante a gestação, colocando a saúde da mãe em risco num percentual maior do que na gestação normal”. O Dr. Talvane Marins de Moraes⁸¹, igualmente, realçou ser de alto

⁷⁶ O ato constituidor da Organização Mundial da Saúde encontra-se disponível no sítio eletrônico <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>. Acesso em 4 de maio de 2011.

⁷⁷ Conforme informações prestadas no segundo dia de audiência pública – folha 7.

O Doutor Roberto Luiz D’Ávila, em manifestação no segundo dia de audiência pública, destacou ser alta a taxa de mortalidade materna devido à presença de doenças hipertensivas, hemorragias e infecções, inclusive, em gestações de fetos viáveis (transcrição, folha 12).

⁷⁸ Médica especialista em ginecologia e obstetrícia, ex-Secretária de Saúde do Município de Jacareí/SP, à época, diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco, São Paulo.

⁷⁹ Consoante informações prestadas na sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro (transcrição, folhas 4, 5 e 8). Há tanta divergência acerca do fato de a gravidez de feto anencéfalo constituir ou não um risco maior à vida materna que o Doutor Dernival da Silva Brandão chegou a sustentar que “a criança anencéfala – vejam bem – não causa perigo à vida da sua mãe mais do que uma gestação gemelar” (transcrição, folha 81).

⁸⁰ Ver nota de rodapé 40.

⁸¹ Médico especialista em psiquiatria forense, livre docente e doutor em Psiquiatria pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria.

risco a gravidez de anencéfalo, até pela probabilidade bastante aumentada de o feto perecer dentro do útero⁸².

Nessa linha, também são os esclarecimentos da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO. Segundo relatado, nesse tipo de gestação, é comum a apresentação fetal anômala – pélvico transverso, de face e oblíquos – ante a dificuldade de insinuação do pólo fetal no estreito inferior da bacia⁸³. Isso ocorre porque a cabeça do feto portador de anencefalia não consegue se “encaixar” de maneira adequada na pélvis, o que importa em um trabalho de parto mais prolongado, doloroso, levando, comumente, à realização de cesariana. Em 50% dos casos, a poli-hidrâmnio, ou aumento do líquido amniótico, está ligada à anencefalia, tendo em vista a maior dificuldade de deglutição do feto portador de referida anomalia, situação que também pode conduzir à hipertensão, ao trabalho de parto prematuro, à hemorragia pós-parto e ao prolapso de cordão.

Outros fatores associados à gestação de feto anencéfalo são doença hipertensiva específica de gravidez (DHEG) – que compromete o bem estar físico da gestante –, maior incidência de hipertensão, diabetes, aumento de cerca de 58% de partos prematuros, elevação em 22% do número de casos de gravidez prolongada. Na literatura médica, há registro de gestação que se estendeu por mais de um ano, no qual o feto continuou em movimento até a hora do parto. Nas situações em que se observa a associação com poli-hidrâmnio e trabalho de parto prolongado, a incidência de hipotonia e hemorragia no pós-parto é de três a cinco vezes maior. Mais uma consequência identificada eventualmente nesse tipo de gravidez é o sangramento de grande monta no puerpério.

Constata-se a existência de dados merecedores de confiança que apontam riscos físicos maiores à gestante portadora de feto anencéfalo do que os verificados na gravidez comum.

Sob o aspecto psíquico, parece incontroverso – impor a continuidade da gravidez de feto anencéfalo pode conduzir a quadro devastador, como o experimentado por Gabriela Oliveira Cordeiro, que figurou como paciente no emblemático *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. A narrativa dela é reveladora⁸⁴:

(...) Um dia eu não aguentei. Eu chorava muito, não conseguia parar de chorar. O meu marido me pedia para parar, mas eu não conseguia. Eu saí na rua correndo, chorando, e ele atrás de mim. Estava chovendo, era meia-noite. Eu estava pensando no bebê. Foi na semana anterior ao parto. Eu comecei a sonhar. O meu marido também. Eu sonhava com ela [referindo-se à filha que gerava] no caixão. Eu acordava gritando, soluçando. O meu marido tinha outro sonho. Ele sonhava que o bebê ia nascer com cabeça de monstro. Ele havia lido sobre anencefalia na internet. Se você vai buscar

⁸² À folha 1409 da transcrição da sessão de audiência pública realizada em 16 de setembro, tem-se “(...) É outro dado de saúde pública também. Quer dizer, uma gravidez anencéfala é uma gravidez de alto risco, porque o feto vai morrer intra útero muitas vezes”.

⁸³ O inteiro teor do documento expedido pela FEBRASGO encontra-se disponível em <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em 5 de maio de 2011.

⁸⁴ In FERNANDES, Máira Costa. Ob. Cit. p. 138.

informações é aterrorizante. Ele sonhava que ela [novamente, referindo-se à filha] tinha cabeça de dinossauro. Quando chegou perto do nascimento, os sonhos pioraram. Eu queria ter tirado uma foto dela [da filha] ao nascer, mas os médicos não deixaram. Eu não quis velório. Deixei o bebê na funerária a noite inteira e no outro dia enterramos. Como não fizeram o teste do pezinho na maternidade, foi difícil conseguir o atestado de óbito para enterrar.

Relatos como esse evidenciam que a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo importa em graves danos à saúde psíquica da família toda e, sobretudo, da mulher. Enquanto, numa gestação normal, são nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, com a predominância do amor, em que a alteração estética é suplantada pela alegre expectativa do nascimento da criança; na gestação do feto anencéfalo, no mais das vezes, reinam sentimentos mórbidos, de dor, de angústia, de impotência, de tristeza, de luto, de desespero, dada a certeza do óbito.

Impedida de dar fim a tal sofrimento, a mulher pode desenvolver, nas palavras do Dr. Talvane Marins de Moraes, representante da Associação Brasileira de Psiquiatria⁸⁵, “um quadro psiquiátrico grave de depressão, de transtorno, de estresse pós-traumático e até mesmo um quadro grave de tentativa de suicídio, já que não lhe permitem uma decisão, ela pode chegar à conclusão, na depressão, de autoextermínio”.⁸⁶

Na audiência pública, também foram reverberadas, entre outras, as vozes de três mulheres que, beneficiadas pela decisão liminar, optaram por antecipar o parto. São elas Érica, Camila e Michele, que expressaram, cada qual a sua maneira, a experiência vivida. Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”⁸⁷. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”⁸⁸. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”⁸⁹. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “aquietar aquilo que estava se passando”⁹⁰.

Pesquisa realizada no hospital da Universidade de São Paulo, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2003, com pacientes grávidas de fetos portadores de anomalia incompatível com a vida extrauterina, dá conta de que 60% das entrevistadas não só experimentaram sentimento negativo – choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade,

⁸⁵ Ver nota de rodapé 81.

⁸⁶ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1413).

⁸⁷ Depoimentos trazidos pela Dra. Lia Zanotta Machado no terceiro dia de audiência (transcrição, folhas 1299 e 1300).

⁸⁸ folha 1300.

⁸⁹ folha 1301.

⁹⁰ folha 1301.

incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança – como também diriam a outra mulher, em idêntica situação, para interromper a gestação.⁹¹

O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo. Assim o fizeram, nas audiências públicas, a Dra. Jaqueline Pitanguy⁹² e o Dr. Talvane Marins de Moraes⁹³. Nas palavras da Dra. Jacqueline Pitanguy, “obrigar uma mulher a vivenciar essa experiência é uma forma de tortura a ela impingida e um desrespeito aos seus familiares, ao seu marido ou companheiro e aos outros filhos, se ela os tiver”. Prosseguiu, “as consequências psicológicas de um trauma como esse são de longo prazo. Certamente a marcarão para sempre. Seu direito à saúde, entendido pela Organização Mundial de Saúde como o direito a um estado de bem-estar físico e mental, está sendo desrespeitado em um país em que a Constituição considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado”⁹⁴.

Como bem destacam Telma Birchall e Lincoln Frias, embora:

[...] no contexto, existam outras pessoas envolvidas, o sofrimento de ninguém é maior do que o da gestante, porque o feto anencéfalo é um acontecimento no corpo dela. A gestante, neste caso, nem mesmo chegará a ser mãe, pois não haverá – nem ao menos há – um filho. Ao obrigar a mulher a conservar um feto que vai morrer, ou que tecnicamente já está morto, o Estado e a sociedade se intrometem no direito que ela tem à integridade corporal e a tomar decisões sobre seu próprio corpo. No caso de fetos saudáveis, pode-se ainda discutir se a mulher é obrigada a ter o filho, pois ele será uma pessoa e, portanto, presume-se que tenha direito a ser preservado. Mas o feto anencéfalo nunca será uma pessoa, não terá uma vida humana, não é nem mesmo um sujeito de direitos em potencial [...]⁹⁵

Consoante Zugaib, Tedesco e Quayle, “a ausência do objeto de amor parece tão irreparável que pode levar ao desejo de morrer, como maneira de reunir-se ao filho perdido. Tal dinâmica merece cuidados especiais, podendo levar a comportamentos impulsivos de autodestruição, especialmente se associada à depressão”⁹⁶.

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas⁹⁷. Em decisão histórica, proferida em novembro

⁹¹ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra; NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto; LÚCIA, Mara Cristina Souza de; ZUGAUB, Marcelo. *Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais*. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, vol. 28, nº 1, Rio de Janeiro, Jan./2006. Disponível em <http://www.scielo.br>.

⁹² Socióloga e cientista política, ex-professora de Sociologia na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e na Rutgers University, Nova Jérsei, Estados Unidos, representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher.

⁹³ Ver nota de rodapé 81.

⁹⁴ Terceiro dia de audiência pública, transcrição, folha 1350.

⁹⁵ Ob. cit. p. 27.

⁹⁶ *Apud* MENDES, Thalita Bizerril Duleba. *A interrupção seletiva de gestação de feto anencéfalo como conduta atípica*. Universidade Federal do Paraná, 2007. p. 60.

⁹⁷ A Dra. Eleonora Menecucci de Oliveira, ouvida no quarto dia de audiência pública, referiu-se ao precedente. Leiam: “Nosso país deveria observar o que vem acontecendo no plano internacional em

de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo. A paciente de 17 anos e a mãe dela, alertadas pelo ginecologista sobre os riscos advindos da manutenção da gestação de um feto anencéfalo, concordaram em realizar o procedimento de interrupção terapêutica. Apesar de a lei penal peruana permitir o aborto terapêutico e atribuir pena de pequena graduação ao aborto sentimental ou eugênico⁹⁸, o diretor do hospital, Dr. Maximiliano Cárdenas Diaz, recusou-se a firmar a autorização necessária para o ato cirúrgico, o que obrigou a paciente a dar à luz o feto. Como consequência, a gestante foi acometida de depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento. Ao analisar o episódio, o Comitê de Direitos Humanos considerou cruel, inumano e degradante o tratamento dado a KL. Reputou violado também o direito dela à privacidade⁹⁹.

Posteriormente, em dezembro de 2008, em entrevista concedida ao *Center for Reproductive Rights*, K.L., então com 22 anos, residente em Madrid, local onde estudava para formar-se em engenharia, descreveu ter-se sentido extremamente deprimida, solitária, confusa e culpada à época da gravidez e do nascimento do anencéfalo, que perdurou por apenas quatro dias¹⁰⁰. Indagada sobre como se sentia em relação à decisão do Comitê de Direitos Humanos, revelou estar feliz e disse que dificilmente quem não experimentou tal situação sabe o quão penosa e dolorosa ela é¹⁰¹.

Quando inexistiam recursos tecnológicos aptos a identificar a anencefalia durante a gestação, o choque com a notícia projetava-se para o momento do parto. Atualmente, todavia, podem-se verificar nove meses de angústia e sofrimento inimagináveis. Como ressaltei na decisão liminar, os avanços médicos e tecnológicos postos à disposição da humanidade devem servir não para inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

relação, por exemplo, às respostas que os Comitês de Direitos Humanos das Nações Unidas vem ofertando no plano global. Este Comitê, em duas oportunidades, já se manifestou sobre o assunto: em 1996, considerou que a possibilidade de um aborto gerar uma penalidade criminal representa uma forma de tratamento desumano em relações às mulheres; em 2005, considerou que a impossibilidade de interromper a gravidez, em caso de gestação de anencéfalo, foi causa de um grande sofrimento. Tratava-se do caso específico de Caelli, uma jovem peruana, que, aos 17 anos de idade, viu-se confrontada com uma gravidez de feto anencéfalo” (folha 1380).

⁹⁸ Os artigos 119 e 120 do Código Penal peruano trazem as seguintes disposições:

Art. 119 – Aborto terapêutico Não é punível o aborto praticado por um médico com o consentimento da mulher grávida ou de seu representante legal, se o tiver, quando é o único meio para salvar a vida da gestante ou para evitar um mal grave e permanente em sua saúde.

Art. 120 – Aborto sentimental e eugênico

O aborto será reprimido com pena privativa de liberdade não maior que três meses:

1. Quando a gravidez seja consequência de violação sexual fora do matrimônio ou inseminação artificial não consentida e ocorrida fora do matrimônio, sempre que os fatos tiverem sido denunciados ou investigados, ao menos policialmente; ou

2. Quando é provável que o ser em formação leve a um nascimento com graves defeitos físicos ou psíquicos, sempre que exista diagnóstico médico.

(Tradução livre. Cópia eletrônica do referido diploma legal encontra-se disponível em <http://www.devida.gob.pe/documentacion/Decreto%20Legislativo%20635-CODIGO%20PENAL.doc>. Acesso em 6 de maio de 2011.)

⁹⁹ O pronunciamento completo do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas está disponível em http://www.cladem.org-espanol-regionales-litigio_internacional-CAS5-Dictament%20KL.asp. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰⁰ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

¹⁰¹ Disponível em <http://reproductiverights.org>. Acesso em 8 de junho de 2010.

É possível objetar, tal qual o fez a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira¹⁰² em audiência pública, o sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto. Na mesma linha, em memorial, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumpre à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante.

Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire¹⁰³. Consignou Sua Excelência que:

[...] os serviços existentes para a interrupção voluntária da gravidez, para o abortamento legal, dispõem de equipes multidisciplinares aptas a fazerem esse acompanhamento [referia-se ao psicológico]. [...] Eu diria que, hoje, todos os serviços universitários existentes no país têm equipes multidisciplinares – e posso dizer isso, com certeza –, com acompanhamento de psicólogos, que permitirão informação e assistência às mulheres no tocante à sua decisão, seja pela continuidade da gestação, seja pela interrupção da gestação¹⁰⁴.

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”¹⁰⁵. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam”¹⁰⁶.

Alberto Silva Franco chama a atenção para outro aspecto a ser considerado caso se obrigue a mulher a levar a gravidez a termo. Afirma: “se ocorrer o nascimento do anencéfalo, ‘não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de

¹⁰² Ver nota de rodapé 78.

¹⁰³ Graduada em Medicina pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-professora e ex-reitora desta instituição.

¹⁰⁴ Quarto dia de audiência pública, 16 de setembro de 2008 (transcrição, folhas 1397 e 1398).

¹⁰⁵ Quarto dia de audiência pública (transcrição, folha 1421).

¹⁰⁶ Último dia de audiência pública (transcrição, folha 77).

qualquer medida'. [...] Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade". Continua: "o argumento de que todos nascemos para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável"¹⁰⁷. Digo então, Senhor Presidente, que não se pode exigir da mulher aquilo que o Estado não vai fornecer, por meio de manobras médicas.

Franquear a decisão à mulher é medida necessária ante o texto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como "Convenção de Belém do Pará", ratificada pelo Estado brasileiro em 27 de novembro de 1995, cujo artigo 4º inclui como direitos humanos das mulheres o direito à integridade física, mental e moral, à liberdade, à dignidade e a não ser submetida a tortura. Define como violência qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada¹⁰⁸.

Não se coaduna com o princípio da proporcionalidade proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura¹⁰⁹ ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras "incubadoras" ou, pior, "caixões ambulantes", na expressão de Débora Diniz¹¹⁰.

Simone de Beauvoir já exclamava ser o mais escandaloso dos escândalos aquele a que nos habituamos. Sem dúvida. Mostra-se inadmissível fechar os olhos e o coração ao que vivenciado diuturnamente por essas mulheres, seus companheiros e suas famílias. Compete ao Supremo assegurar o exercício pleno da

¹⁰⁷ Ob. cit. p. 409.

¹⁰⁸ O texto completo da Convenção encontra-se disponível em www.cidh.oas.org. Acesso em 11 de janeiro de 2011.

¹⁰⁹ O artigo 1º da Constituição Federal define como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, inciso III, dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. A Lei nº 9.455/97, no artigo 1º, prevê:

Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental (...);

c) em razão de discriminação racial ou religiosa.

¹¹⁰ Ver nota de rodapé 63.

liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero.

Se alguns setores da sociedade reputam moralmente reprovável a antecipação terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos, relembro-lhes de que essa crença não pode conduzir à incriminação de eventual conduta das mulheres que optarem em não levar a gravidez a termo. O Estado brasileiro é laico e ações de cunho meramente imorais não merecem a glosa do Direito Penal.

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.