

CRÍTICA DE HABERMAS A TEORIA ALEXYANA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ABORTO POR ANENCEFALIA FETAL

Lucas Bittencourt e Xavier¹

Resumo

Vem-se discutindo no país a polêmica interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos. Os opositores ao aborto nesses casos apontam, entre outros argumentos, o direito fundamental à vida que se confronta com a dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira. Neste artigo discuti-se a origem e o conceito de vida bem como a morte cerebral. Apontam-se alguns aspectos históricos do desenvolvimento desse conceito e a importância dos direitos fundamentais em conflito e sua aplicação no que tange à anencefalia. Consubstanciada uma situação de hard case, estuda-se a teoria dos direitos fundamentais de ALEXY a qual visa solucionar estes embates normativos. Opondo e criticando a Teoria de ALEXY, baseia-se como solução mais correta a este hard case, a aplicação da Teoria Discursiva de HABERMAS.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Alexy. Habermas.

1 INTRODUÇÃO

A problemática circunscrita à interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, que sublima valores morais, religiosos e ideológicos, vem sendo enfrentada pelo Poder Judiciário Brasileiro há, pelo menos, quinze anos, já que a primeira sentença judicial de que se tem notícia data de 1989. Entretanto a questão ganhou grandes proporções somente em 2004, quando os Tribunais Superiores tiveram de enfrentar, de modo inédito, pedido de tutela jurisdicional para a interrupção da gestação de feto portador de anencefalia. Nesta ocasião, foi proposta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) com o argumento de que a antecipação desses partos não caracteriza o crime de aborto tipificado no Código Penal.

Ocorre que a temática dos fetos com malformação congênita ganhou mais notoriedade quando a ADPF 54, sob o crivo jurisdicional da Suprema Corte brasileira, guardiã da Constituição Federal, acarretou na concessão de uma liminar, concedida pelo Ministro Marco

¹ Advogado, formado pela Universidade Federal de Ouro Preto; Professor Substituto de Direito Constitucional, Municipal e Humanos no curso Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestrando em Direito Privado pela PUC-Minas; Pós graduando em Processo Civil pela Anhanguera UNIDERP - REDE LFG; lucasbx_@hotmail.com

Aurélio, autorizando a interrupção da gravidez em casos de fetos com anencefalia. Houve posterior revogação da medida pelo Plenário daquela Corte que, ainda, não enfrentou o mérito da causa, embora tenha julgado em 27/04/2005 a questão preliminar (Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54-8. DJU de 02.08.04, pp.64/6565), bem como realizado audiências públicas nos últimos anos.

Quem defende a prática do aborto, apóia seus argumentos no princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, no caso, da parturiente. Todavia, os contrários a esta prática também encontram a base de seus dizeres no mesmo diploma legal, mas sob a óptica do direito fundamental à vida constante no artigo 5º da mesma Lei.

Logo, no presente caso da anencefalia fetal, verifica-se um verdadeiro conflito de princípios instituídos pelo ordenamento pátrio, repercutindo sobremaneira na vida dos jurisdicionados.

O esclarecimento dessas questões, mediante o estudo da Teoria dos direitos fundamentais de ALEXY, com sua lei da ponderação e posterior crítica de HABERMAS à sua tese, faz –se relevante ao estudo da ciência do Direito, pois, ao realizar uma análise mais detida sobre os princípios e teorias relativas ao problema, possibilita o desenvolvimento de um norte para o seu enfrentamento, de forma a propiciar uma melhor compreensão e conseqüentemente, aplicação dos textos normativos a ele atinentes.

2 A ANENCEFALIA FETAL

2.1 A anencefalia conforme a medicina

A anencefalia é proveniente de um defeito do fechamento da parte anterior do tubo neural que ocorre entre a terceira e quartas semanas de gravidez, o que implica na ausência ou formação defeituosa dos hemisférios cerebrais (NUNES, 2006);

As suas principais características são a falta de desenvolvimento da calota craniana, couro cabeludo e, principalmente, o comprometimento da parte anterior do encéfalo que origina os hemisférios cerebrais. As porções médias e posterior do encéfalo podem ter grau variado de desenvolvimento, chegando a permitir que essas crianças respirem espontaneamente, chorem, deglutem, façam expressões faciais, movimentem os membros e respondam a estímulos nocivos (NUNES,2006).

Quanto à saúde da gestante, cabe averbar que a permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal (FERNANDES, 2007).

2.2 A Anencefalia fetal no âmbito legal e jurídico

Atualmente, gestantes que recebem o diagnóstico de anencefalia do feto precisam obter uma autorização judicial para fazer o aborto. Caso contrário podem ser responsabilizadas criminalmente e sujeitas à pena de até três anos de reclusão. O Código Penal só não penaliza a interrupção da gravidez em caso de risco de morte da mãe e de estupro (Art. 128, I e II do Código Penal). Essas duas hipóteses de exclusão de antijuridicidade da conduta do aborto são conhecidas, respectivamente, aborto sentimental e aborto terapêutico.

Neste sentido, cabe também evidenciar o fato de que o Código Penal Brasileiro de 1940 incluiu a prática do aborto no rol dos crimes contra a vida, tipificados nos artigos 124 a 127 do Código Penal. A doutrina e a jurisprudência têm conferido uma interpretação extensiva ao referido art. 128, inc. II, do Código Penal, admitindo a prática de aborto na hipótese de gravidez resultado de “atentado violento ao pudor”. Contrariamente, no que se refere à hipótese de eugenia, ou seja, malformação do feto, não se admite o aborto.

Devido a polêmica de se ampliar as situações legais que permitem à mulher realizar o citado aborto, o Supremo Tribunal Federal (STF) começou, a alguns meses atrás, a consolidar suas primeiras posições sobre a legalidade de se interromper a gestação no caso de fetos com anencefalia.

Para se posicionar definitivamente sobre o tema, três audiências públicas com entidades como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e o Conselho Federal de Medicina foram agendadas pelo ministro Marco Aurélio Mello para os dias 26 e 28 de agosto e 4 de setembro de 2008. Até o presente momento, a decisão definitiva do caso ainda não fora tomada pela Suprema Corte Brasileira.

No meio jurídico é latente a discussão que vislumbra o embate de direitos fundamentais na possibilidade de aborto de fetos com anencefalia. De um lado e portanto favoráveis a esta modalidade de aborto, estão aqueles que defendem a liberdade e a dignidade da pessoa humana

como bens supremos a serem resguardados pelo direito. Contrário a estes, estão aqueles que se apoiam no direito à vida como o maior de todos os direitos fundamentais preconizados pela Carta Magna de 1988 e que, portanto, inadmissível seria a sua afronta frente a outro preceito fundamental.

2.3 O direito fundamental da dignidade da pessoa humana

O Texto Constitucional consagra a dignidade como fundamento da República brasileira. Este princípio é um direito fundamental que decorre de sobremaneira da humanidade do indivíduo. O simples fato de um ente vivo – e, por extensão, os não mais vivos e os ainda não nascidos, mas já existentes, pois a memória daqueles, é em geral, recordada com saudade e a expectativa destes é esperada com carinho - ser pessoa humana, é fator suficiente para que se tenha uma dignidade que exige o mais sincero respeito alheio.

Em termos gerais, diz-se que a dignidade da pessoa humana não pode ser mensurada por um único fator, haja vista que a mesma sofre a influência da combinação de aspectos políticos, econômicos, morais e sociais. Fundamentalmente, liberdade e dignidade estão estritamente associadas à pessoa humana e é este o princípio utilizado como argumento por aqueles que defendem o aborto eugênico.

A estes presta-se cumprir o princípio fundamental do artigo 1º da Carta Magna, respeitando a “dignidade da pessoa humana”, na medida em que assegura à gestante a liberdade de prosseguir ou interromper a gravidez na hipótese de anencefalia, sendo bem utilizada a equidade para responder a uma necessidade social emergente.

Nesta espreita, diz-se que a reprimenda do Estado, nos casos de aborto por anomalia fetal, não está, segundo aqueles favoráveis ao aborto, restringindo somente a liberdade da gestante, como também a dignidade da pessoa humana, que tem que carregar sobre suas vestes um ser inanimado, sem nenhuma expectativa de sobrevivência.

De fato, o princípio da dignidade da pessoa humana teve sua origem juntamente com as bases doutrinárias dos direitos humanos no período pós-guerra, advindo dos confrontamentos e questionamentos do filósofo Immanuel Kant, talvez um dos mais arrojados questionadores moderno. Para este renomado filósofo, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. A dignidade, tal como definida na moral kantiana, é o primeiro direito fundamental de todo homem, como

determina o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem (1948): "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade" (DINIZ, 1995, p.39-40).

2.4 O direito fundamental à vida

O direito à vida condiciona todos os demais direitos da personalidade (direito ao nome, à própria imagem e à honra). Na Carta Magna de 1988, citado condicionamento está previsto no artigo 5º. Também na mesma Carta, pode-se encontrar o artigo 227, que diz ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida.

No que se refere à proteção jurídico-penal do direito à vida, esta fica a cargo das punições às pessoas que atentem contra a vida de outrem, como ocorre no homicídio simples, qualificado, induzimento ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto.

Assim, diante a tantos dispositivos legais que visam a proteção da vida, os opositores ao aborto de anencéfalos vêem a vida como um bem jurídico inviolável e que precisa ser respeitada independente do estágio ou condição na qual se encontra. O princípio do direito à vida, talvez mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, a vida do insuficiente. Vale aqui lembrar, que tal direito apresenta a natureza dos princípios haja vista que estes não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada; impõem a otimização de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou jurídica.

3 O INÍCIO DA VIDA HUMANA

3.1 A evolução histórica do conceito de vida para as religiões e a filosofia

Saber quando se inicia a vida é uma pergunta bastante antiga. A indagação quanto a tal origem despertou interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia. Em seu livro República, Platão apoiou incisivamente a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos uma vez que para o mesmo a alma integrava o corpo posteriormente ao momento do nascimento. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.58)

Os pensamentos de Platão estavam enraizados em alguns conceitos que norteavam a Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era julgada como um ato legal e moralmente

aceitável. Um dos maiores filósofos da época, Sêneca, relatou que era usual as mulheres induzirem o aborto com o intuito de manter a beleza física de seus corpos. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.58)

As atitudes tolerantes ao aborto não significava que as sociedades clássicas estavam à parte de polêmicas que se assemelham às que são confrontadas hoje. Seguidor e contemporâneo de Platão, Aristóteles dizia que o feto, tinha sim, vida. E definia até o momento inicial: o primeiro movimento no útero da gestante, que na hipótese de feto do sexo masculino, ocorria no quadragésimo dia da gravidez e feto de sexo feminino, apenas no nonagésimo dia. Todavia, como na época não havia como descobrir o sexo do feto, defendia-se que a modalidade abortiva deveria ser permitida apenas até o quadragésimo dia da gestação. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.59)

Os ideais teóricos do grego Aristóteles sobreviveu ao cristianismo adentro. Foi acatada por teólogos tradicionais do catolicismo, como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, e terminou alçada a tese oficial da Igreja para a origem da vida. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.59)

Contudo, em 1588, o papa Sixto V condenou o aborto, penalizando-a com a excomunhão. Gregório IX voltou atrás na lei e estabeleceu que o embrião não constituído não pudesse ser considerado um ser humano, sem possuir, portanto, vida. Logo abortar não seria um homicídio. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.59).

Esta postura foi sustentada até 1869, no período do papa de Pio IX, quando a Igreja novamente mudou de opinião. Como teólogos e cientistas não conseguiam dar uma resposta definitiva quanto ao momento exato para a origem da vida humana, Pio IX, decidiu não se arriscar e defender o ser humano a partir da concepção na união do óvulo com o espermatozóide. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.59)

Assim, cabe a informação que o catolicismo é uma das grandes religiões do planeta a dizer que a vida se inicia no instante da fecundação e a igualar o aborto a um homicídio. Lembra-se, nesta espreita, que a religião Católica é a predominante no Brasil e que por tais motivos acaba exercendo forte influência em vários ramos e setores da sociedade, como na esfera judiciária.

Religiões como o judaísmo aceita o aborto em casos de risco de vida para a mãe, atitude que também é compartilhada pelos budistas. Já os muçulmanos não aceitam a interrupção da gestação. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.59).

3.2 O início da vida para a ciência

Somente no século XVII, após a invenção do microscópio, que os cientistas descobriram que o sêmen era composto espermatozóides. Tardamente, por volta de 1870, os pesquisadores descobriram que aqueles espermatozóides corriam até o óvulo e o fecundavam. Esta descoberta fez os cientistas e os seguidores das crenças religiosas da época deduzir que a vida se inicia no momento da fertilização. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.60)

Porém, hoje já é sabido que não existe um momento único em que ocorre a fecundação. Além disso, há grandes chances que o embrião nunca passe de um aglomerado de células. Após ter sido fecundado em uma das trompas ele necessita percorrer um caminho extenso até se fixar na parede do útero. Há estimativas de que mais de cinquenta por cento dos óvulos fertilizados não obtenham sucesso nesta missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.60)

Além dessa posição reconhecida como “genética”, existem outras correntes científicas que indicam uma linha que gera questionamentos para o início da vida. Uma delas esclarece que o início da vida humana se dá na gastrulação - momento que ocorre na terceira semana de gravidez, depois que o embrião, constituído com três camadas celulares diferentes chega no útero da mãe. Neste instante o embrião é um único ser e não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.61)

Para complicar ainda mais, há uma corrente científica defendendo que para se entender o que é vida, basta compreender o que é morte. E países como o Brasil e os EUA determinam a morte como a falta completa de ondas cerebrais, ou seja, com a morte cerebral.

3.3 A morte encefálica

A morte encefálica foi inserida no ordenamento jurídico pátrio mediante Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para a consecução de transplantes e tratamento médico.

Com base nesta lei diz-se morto todo aquele ser que deixa de apresentar, de forma definitiva e irreversível, as funções de todo o encéfalo, prejudicando irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa (batimento cardíaco, respiração, pressão do sangue, reflexos de salivação, tosse, espirro e o ato de engolir).(SANTOS,2006)

Destaca-se que não há possibilidade de se evocar a morte se apenas a vida de relação for comprometida, pois esta vida é suportada por parte do encéfalo, mais especificamente o córtex cerebral, e não pelo encéfalo de forma geral. Outrossim, não é a ausência definitiva da capacidade de sustentar as funções vegetativas que qualifica um indivíduo como morto encefálico. Faz-se viável que todo o encéfalo fique irreversivelmente afetado e deixe de funcionar. (SANTOS, 2006)

Por fim, diz-se que mesmo com todas as discordâncias quanto ao momento exato sobre a origem da vida humana, conforme o explanado, aqueles que defendem uma posição neurológica, como é o caso dos idealizadores da lei de biossegurança, querem dizer a mesma coisa: apenas com as primeiras conexões neurais estabelecidas no córtex cerebral do feto que ele passa a ser um ser humano. Obviamente, para estes, um feto anencéfalo nem se quer constitui um ser vivo propriamente dito, mas apenas um natimorto. (MUTO; NARLOCH, 2005, p.61)

4 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY

Frente a problemática circunscrita aos direitos fundamentais cabe efetivamente o estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais de ALEXY onde as regras e os princípios são espécies do gênero norma. ALEXY compartilha desta idéia uma vez que ambos os tipos normativos se estruturam com o auxílio de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. Segundo o citado autor alemão, norma é o significado de um (ou mais) enunciado normativo sendo aquilo que um enunciado normativo expressa (2005, p.277).

Referido autor alemão verbaliza lembrando-se sempre que antes do surgimento da sua teoria dos direitos fundamentais, que fará a distinção entre normas e princípios, já existe vários outros métodos para diferenciar estes tipos normativos estando entre eles a generalidade. Neste sentido, as regras caracterizariam pelo pequeno grau de generalidade relativa, enquanto os princípios se destacam pelo elevado grau.

Porém, este critério quantitativo demonstra-se fraco para distinguir efetivamente os princípios e as regras. Assim, ALEXY apresenta um critério gradualista-qualitativo, onde por meio deste evidencia que a distinção entre as regras e os princípios não ocorrem somente num nível de graduação, mas também em uma esfera qualitativa (apud BONAVIDES, 2005, p.278).

ALEXY cita que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das medidas jurídicas e reais (factuais) existentes.” Logo, tal diferenciação permite dizer que os princípios são definidos como mandados de otimização que “estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em graus diferentes e que a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas como também das jurídicas” (1997, p.177).

Observa-se, desde já, que os mandados, quais sejam de proibição, permissão e obrigação estão enquadrados dentro da deontologia, ou seja, estão inseridos naquilo que se considera como obrigatório. Portanto, os princípios, como o direito à vida e a dignidade da gestante, são vistos dentro de um padrão deontológico, e não antropológico ou axiológico.

Em contrapartida, as regras, são “normas que só podem ser cumpridas ou não”. Logo, “se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos” (1997, p.87). As regras são efetivadas concretamente em forma de tudo-ou-nada, de forma que existem apenas duas possibilidades: ou a regra é válida, e devido a isto, deve-se aceitar suas conseqüências jurídicas, ou a regra não é válida, e então não serve como base para a decisão. Assim, ALEXY diz que se poderia pensar que todos os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie* e todas as regras caráter definitivo.

Há também uma diferença estrutural entre estes tipos de normas em análise uma vez que nos princípios há uma obrigação, segundo ALEXY, de atingir um estado de coisas definidos como ideal, ao lado que nas regras, há apenas um comando comportamental concreto. Essa distinção deve ser mantida porque os planos usados para solucionar as chamadas colisões externas de princípios e de regras são distintas. No primeiro caso, quando há dois princípios em conflito, é cabível utilizar a técnica de ALEXY da ponderação, enquanto para o segundo, não há tal possibilidade já que a única forma de se evitar a invalidação de uma das duas regras é estipular uma cláusula de exceção em uma delas. (1997, p.300)

Resta, portanto, para as regras, a aplicação do método da subsunção, sendo que o embate que venha a ocorrer entre elas só pode ser superado mediante a invalidação de uma delas ou da criação de uma exceção em uma das normas. O embate entre regras cria uma antinomia jurídica que será necessariamente resolvida mediante métodos apresentados pelo próprio sistema, de forma que será aplicada apenas uma das regras excluindo-se a outra. Por serem aplicadas pela

subsunção às regras são efetivadas de modo que a toda situação que caia sob a condição de fato descrita pela norma deve ser aplicada a consequência jurídica prescrita pela norma.

Já nos princípios, exatamente porque não apresentam projeções específicas e sim o estabelecimento de fins, apenas no instante de sua concretização é que poderão entrar em colisão; e quando tal circunstância ocorre, a exemplo dos princípios constitucionais no aborto por anencefalia, a correta resolução deverá compatibilizar as duas normas principiológicas em embate, de modo que, mesmo que um deles seja privilegiado em relação ao outro, ambos permanecem válidos igualmente (ponderação).

No entanto, cabe dizer, que quando ALEXY, em sua teoria, diz que os princípios jurídicos são mandados (ou comandos) de otimização, o que se busca destacar com tal definição é que tais normas fixam o compromisso de se efetivar um estado ideal de coisas na maior escala possível, sem estabelecer, antecipadamente, a postura do homem em sociedade que se faz necessário para tanto. Assim, conclui-se que para cada colisão entre direitos fundamentais esculpido na forma de princípios, a medida de otimização utilizada será distinta, haja vista as condições fáticas e normativas do caso concreto.

Todas as colisões de princípios só podem ser solucionadas mediante a definição de uma relação de preferência entre eles (diante das condições verificadas no caso em particular). Essa preferência só pode ser criada através de uma regra que estabeleça os efeitos jurídicos do princípio privilegiado, de onde se pode presumir, portanto, a denominada lei de colisão entre princípios jurídicos (1997, p.94).

A lei de colisões significa, em primeira linha, àquilo que resulta das colisões. Porém, ela não trás nenhuma evidencia de como tais embates devam ser resolvidos. É aí que entram em cena as chamadas ponderações de princípios. A técnica de ponderação é que trará a medida mais efetiva para a resolução das colisões como ocorre com a vida e a dignidade na anencefalia fetal; através dela, afasta-se o princípio que, diante das condições fáticas e jurídicas observadas no caso concreto, tenha um peso menor.

Para tanto, a ponderação estrutura-se por três fases gradativas: a primeira defini o grau de limitação a um princípio; na segunda, se verifica a importância de se efetivar outro comando principiológico e na terceira, pondera-se se a efetivação de um princípio justifica a limitação do primeiro. Assim, no caso concreto, aplica-se o método da proporcionalidade o qual engloba adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

5 CRÍTICAS A TEORIA DE ALEXY SEGUNDO HABERMAS

Antes de se aprofundar nas críticas elaboradas por HABERMAS à teoria de ALEXY há de se falar, mesmo que brevemente, em algumas ponderações defendidas pelo filósofo e sociólogo alemão JÜRGEN HABERMAS.

HABERMAS opõe-se à teoria de ALEXY contrapondo ao modelo da ponderação de valores alexyano com o modelo do discurso de aplicação proposto por KLAUS GÜNTHER, segundo o qual o debate jurídico comporta dois níveis discursivos: discursos de justificação e de aplicação. A teoria criada por GÜNTHER é que a justificação de normas e a aplicação de normas, sejam elas regras ou princípios, têm objetivos diferentes e são guiadas por princípios norteadores específicos. Somente a fundamentação de normas é orientada pelo princípio da universalidade, idealizado por HABERMAS – assim representado por GÜNTHER: (U) – ao passo que a aplicação de normas já fundamentadas aos casos concretos exige uma perspectiva distinta. Logo, GÜNTHER visa exonerar o instante da fundamentação do excesso de tarefas que fariam corretas as críticas que apontam à inviabilidade prática de (U). O próprio HABERMAS aceitou a necessidade de reformulação do princípio (U) nos termos em que KLAUS GÜNTHER sugere. (HABERMAS, 1997, 215-216).

Ainda nestas noções teóricas, cabe citar o que HABERMAS definiu como quatro distinções fundamentais entre normas jurídicas e morais. Primeiramente, as normas jurídicas trazem consigo um sentido deontológico à medida que se destinam a um modo de agir obrigatório, uma vez que as morais trazem um significado teleológico, pois objetivam a um agir guiado por fins. Num segundo momento, diz-se que as regras de direito possuem um código binário de validade enquanto obrigatórias ou não, já as regras morais evidenciam um código gradual e baseado no sentido de que exteriorizam valores que carregam a possibilidade de serem sopesados entre si. (MARTINS, 2007)

A terceira diferenciação cita que os comandos jurídicos são universalmente válidos e propiciam expectativas de comportamento generalizadas; já os comandos morais, por sua vez, indicam preferências estabelecidas em determinadas comunidades orientadas por fins ou valores específicos, o que permite dizer que o direito possui uma obrigatoriedade universal e a moral uma obrigatoriedade relativa. (MARTINS, 2007)

Em último plano de diferenciação, as normas jurídicas devem apresentar uma coerência de modo a não entrarem em conflito mutuamente, formando um sistema, já que guardam validade frente ao mesmo público destinado. As normas morais, por seu turno, concorrem entre si num processo de reconhecimento intersubjetivo, estruturando um sistema flexível e cheio de tensões e possibilidades. (HABERMAS, 1997, p. 316-317)

A partir desta diferenciação entre normas jurídicas e valores, HABERMAS elabora críticas à teoria de ALEXY pelos seguintes motivos: o campo da obrigatoriedade absoluta e universal dos comandos jurídicos que se choca com o caráter relativo da obrigatoriedade dos valores, limitados a uma determinada comunidade de cidadãos que compartilham tradições e heranças em comum. Como preleciona HABERMAS (1997, p.317-318):

“(…) quando Dworkin entende os direitos fundamentais como princípios deontológicos do direito e Alexy os considera como bens otimizáveis do direito, não estão se referindo a mesma coisa. Enquanto normas, eles regulam uma matéria no interesse simétrico de todos; enquanto valores, uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular. Certos conteúdos teleológicos entram no direito, porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos”.

Tal crítica fica clara se for analisada a questão da ponderação entre valores no cenário de uma sociedade democrática, pluralista e multicultural, onde coexistem vários grupos ou comunidades formadas e determinadas por fatores raciais, religiosos ou sexuais, com direitos no mesmo grau de similaridade.

Ademais, HABERMAS, juntamente com DWORKIN e KLAUS GÜNTHER, entendem que um caso de colisão de direitos fundamentais, como ocorre no aborto por anencefalia, deve ser alisado sob a égide da adequabilidade, e não sob o prisma da ponderação, conforme defende ALEXY. (MARTINS, 2007)

HABERMAS, portanto, critica o modo como ALEXY (1998:14) vislumbra a ponderação de comandos principiológicos por indicar, para citado filósofo, uma concepção axiologizante do direito. Quando a ponderação só se faz viável mediante a preferência de um princípio a outro, os princípios só podem ser tidos como valores. (GALUPPO, 2002:179)

Cabe destacar que para a tese de HABERMAS mantém-se a distinção teórica entre normas e valores: as normas (princípios e regras) são comandos deontológicos, ou seja, objetivam ao que é devido; por outro lado, os valores são comandos axiológicos, de maneira que

vislumbram aquilo que é bom, melhor ou preferível, mas sendo sempre vinculados a certa cultura. Neste tópico, ao menos na teoria, existe uma determinada concordância com a teoria alexyana, apesar de prática, HABERMAS não identificar o caráter deontológico na teoria dos princípios de ALEXY. (MARTINS, 2007)

Atualmente, numa sociedade cada vez mais plural, todos estão vinculados de forma similar a observâncias do ponto de vista jurídico. Segundo HABERMAS, quando ALEXY, mesmo que de forma não intencional, iguala no mesmo nível princípios e valores, resta a questão de se delimitar qual será o valor preponderante e, além disso, seja qual for esse valor, não transmitirá um "interesse simétrico", devido a seu caráter relativo limitado a um dado convívio social. Em outras palavras, a questão do aborto não pode ser solucionada, no aspecto jurídico, invocando-se para a superioridade de valores morais, o que se justifica pelo fato de que esses valores não são universais, mas religiosos, étnicos, raciais ou culturais, sempre vinculados a certas aglomerações urbanas.

Ademais, ao se dizer que os comandos principiológicos apresentam em sua substância caráter deontológico em razão do seu aspecto devido (ALEXY, 1997:140-141) e ao se igualar princípios a valores no que concerne a sua aplicação, nota-se que a norma deixa de possuir a qualificação de código binário para se tornar em um código gradual.

Para HABERMAS haveria uma descaracterização do direito que se passaria a ser um *valor*, enunciado que se torna nítido quando se passa a constatar a possibilidade de definir uma hierarquização entre valores/princípios perante um caso concreto.

Assim, no foco da tese de ALEXY, os comandos principiológicos não mais vislumbram o que é devido, mas o que é preferível e, desta forma, não distanciam dos valores. Há, neste sentido, um outro questionamento: há a possibilidade de se confundir direitos com bens (HABERMAS, 2002:67), podendo ter sua efetivação negociada.

Outra crítica feita diz respeito ao procedimento que ALEXY preleciona, o qual segue uma estrutura distinta do proposto por DWORKIN e HABERMAS, haja vista que ainda mantém a possibilidade de aplicação de um enunciado normativo distante das circunstâncias fáticas de um caso concreto. Devido a tal fator, nota-se que os princípios (valores) em embate são identificados mediante um processamento que os considera como juízos de evidência, uma vez que não são problematizados perante o próprio caso em sede de julgamento. Logo, passam a ser juízos que

dizem não mais sobre a idéia de correção de enunciado normativo, mas sobre sua verdade. (MARTINS, 2007)

Mediante a teoria discursiva, estabelecida por HABERMAS (1998:332) afirma-se que a ponderação (balanceamento) utiliza-se de métodos irracionais (não discursivos), deixando o sentenciamento ao arbítrio das preferências particulares dos magistrados, já que estes são os únicos referenciais para a avaliação do que é justo numa decisão. Nesta espreita, vale citar que tal teoria de HABERMAS presta-se a um agir comunicativo de onde derivam à ação comunicativa e o discurso, ao quais visam sempre à integração social, à cidadania e à democracia direta. (MARTINS, 2007)

A Teoria do Discurso de HABERMAS, em breves palavras, possui uma intersubjetividade de processos de entendimento que se efetivam mediante de procedimentos democráticos, na rede comunicacional de esferas públicas. Tal Teoria não se deixa vincular a um único ponto de vista disciplinar, mas, pelo contrário, permanece aberta a diferentes pontos de vista metodológicos, a diferentes papéis sociais e a diferentes atitudes pragmáticas de pesquisa facilmente notáveis em um *hard case* como no aborto por anencefalia fetal. Estas posturas direcionam-se a uma abordagem normativa que não perca o seu contato com a realidade, nem uma abordagem objetiva que exclua qualquer aspecto normativo.

A relação interna entre direitos fundamentais, como a vida e a dignidade humana, e soberania popular, ou ainda a idéia de que o Estado de direito não é possível sem democracia participativa; vislumbra-se neste ponto uma intuição central da Teoria do Discurso de HABERMAS.

6 SOLUÇÃO DOS HARD CASES PELA TEORIA DISCURSIVA DE HABERMAS

A Teoria dos Direitos Fundamentais de ALEXY parte da idéia de que princípios e regras são espécies de gênero normas jurídicas, uma vez que se originam de expressões deônticas fundamentais. Diante do conflito de direitos fundantes apresenta-se um método de proporcionalidade que estrutura-se em três sub-regras: a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o embate entre princípios, como ocorre no caso aborto de anencéfalos, no qual a dignidade da gestante se conflita com o direito à vida, é sempre pontual e dependente de um caso concreto. É por tais motivos que não se faz possível generalizar uma decisão para casos

parecidos, haja vista que todos os embates são estruturados de forma idêntica, mas com circunstâncias diversas. Desta forma, ALEXY estabelece a seguinte *lei da ponderação* dizendo que quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a satisfação de outro em um caso particular (1997, p.161)

Logo, a ponderação proposta por ALEXY estrutura um método para a resolução de conflitos entre enunciados principiológicos estritamente prático, postura que é criticada por HABERMAS, que defende, na da teoria discursiva, a resolução destes casos complexos.

O grande problema do citado tema é que os fatos envolvidos são estritamente vinculados a termos metafísicos além de possuírem um grande peso ético e moral focado na perquirição acerca da origem da vida. Assim, perante a grande polêmica da questão do início da vida, discutida de maneira simultânea pela *Filosofia, Religião e pelo Direito*, cabe, tendo como base as idéias de HABERMAS, proceder ao processamento de um debate plural e juridicamente coerente no que concerne aos aspectos intersubjetivamente afirmados de proteção institucional da vida.

Desta forma, não é esperado que a atividade jurisdicional seja lastreada de contemplações solipsísticas no que diz respeito ao significado da vida afastada de um contexto de debate plural evidenciado na disciplina jurídica de temas relacionados à questão do aborto.

Respeitando-se o caráter plural dos conceitos de vida, bem como seu início e fim, o debate relacionado a legitimidade da interrupção da gravidez de feto com anencefalia fetal, deve-se pautar, em sua solução, por uma *moralidade pública*. Esta evidencia-se, ante ao caráter jurisdicional do debate, em comandos principiológicos próprios integrantes de direitos fundamentais, distintos tanto de uma *moral pessoal ou individual*, resultado de uma moral influenciada por aspectos cristãos, quanto de uma moralidade comum, apoiada nos usos e costumes.

No que concerne ao aspecto democrático participativo – elemento da Teoria Discursiva - deve-se evidenciar a qualidade deontológica de normas e princípios que exteriorizam o caráter comum dos jurisdicionados, estritamente ligados ao juízo na atribuição de sua função pública. Um debate legítimo e democrático deve levar em consideração os componentes presentes no ordenamento jurídico, que ao expressar aquele universo comum - âmbito expressivo intersubjetivamente compartilhado - evidencia uma moralidade pública específica, afastada de moralidades individuais. Proporciona, desta forma, definições e valorações próprias que devem ser levadas em consideração pelos aplicadores do direito.

As determinações legais ou constitucionais no que se refere á liberdade de crença, do entendimento de estado de necessidade, da definição jurídica de morte, de pessoa, capacidade e personalidade bem com as excludentes de ilicitude referente ao aborto devem ser obrigatoriamente analisadas no debate jurídico sugerido na ADPF n.º54-8/DF, sob o risco de empregar-se aparentemente comandos principiológicos quem integram uma moralidade pessoal, distanciando de um debate baseado no aspecto deontológico dos comandos fundamentais (LOPES, 2008, p.162-163).

Desta forma, baseado nos ideais de HABERMAS, aquele que aplica o direito deve manifestar sempre a caráter plural e aberto dos debates públicos, posicionando numa postura performativa de analisar as mais diversas visões de mundo, no intuito de se obter uma decisão justa, não necessariamente equivalente com aquilo que é melhor para ele. Logo, o operador do direito pode ser contra a interrupção da gestação no caso de anencefalia fetal, dentro de seus ideais éticos, mas reconhecer um direito subjetivo próprio da gestante relativo a tal conduta.

Assim analisando a questão da liberdade de crença no Brasil, do entendimento de estado de necessidade, da definição jurídica de morte e de pessoa e as excludentes de ilicitude referente ao aborto bem como os direitos fundamentais inseridos no caso, deve-se reconhecer que dentro do nosso ordenamento jurídico há factualmente a possibilidade de se atribuir à mulher o direito subjetivo de se praticar o aborto no caso de anencefalia fetal, prevalecendo, portanto, a dignidade da pessoa humana em relação ao direito à vida do feto.

A dimensão plural é evidente em casos como este no qual se envolve direitos fundamentais constitucionais. Neste sentido, diz-se que, através da ação comunicativa proposta por HABERMAS, na aferição junto dos setores sociais da melhor resposta ao aborto eugênico, não se faz uma decisão sobre a bondade do aborto. Vislumbra-se antes a justiça de determinada conduta mediante princípios públicos que estruturam um universo composto antes e para além das definições particulares do que seja uma vida boa (LOPES, 2008, p.164-165).

7 CONCLUSÃO

Em suma, afastando da racionalidade prática e objetiva proposta por ALEXY mediante a Lei da ponderação, através da teoria discursiva de HABERMAS, acredita-se que no caso do aborto de fetos anencéfalos, o melhor método de interpretação dos princípios conflitantes seja aquele no qual, a jurisdição constitucional deve-se levar em conta o entendimento dado pelos próprios destinatários da Carta Magna a estes comandos principiológicos. Tal entendimento evidencia-se tanto em fóruns civis de debate, quanto no exercício da atividade legislativa estatal. (LOPES, 2008, p.166)

Somente com a exclusão da razão prática de ALEXY e com o reconhecimento de um cenário deontológico, o qual se relaciona e concede coerência e significado à argumentação judicial, é que se poderá falar legitimamente sobre a polêmica questão de aborto na anencefalia fetal reconhecendo à gestante a proteção de sua dignidade no embate com o direito constitucional à vida.

Ademais, a Teoria do Discurso é uma das grandes possibilidades de resgate do papel da Filosofia na sociedade atual, como “guardiã de lugar da racionalidade científica e intérprete mediadora do mundo da vida” (Habermas).

Abstract

Brazilian society has recently discussed the controversial interrupting of pregnancy in case of an anencephalic fetus. Opponents of abortion in these cases show, among other arguments, the fundamental right to life which is faced with the dignity of the human person, the foundation of the Brazilian Republic. In this article discussing the origin and the concept of life and brain death. It points to key historical aspects of the development of this concept and importance of fundamental rights in conflict and their application in relation to anencephaly. Embodied a hard case situation, study the theory of fundamental rights of Alexy which aims to solve these normative conflicts. Opposing and criticizing the theory Alexy, based as most correct solution to this hard case, the application of Habermas's Discursive Theory.

Key words: Abortion. Anencephaly. Right to life. Human dignity. Alexy. Habermas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. Teoría de los derechos fundamentales (trad. E. Garzón Valdes). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

_____. El concepto y la validez del derecho, 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razon Pratica.DOXA: Cuadernos de Filosofia del Derecho da Universidade de Alicante, Madri, n. 5, p. 139-151, 1998.

DINIZ, Maria Helena, Compêndio de introdução à ciência do direito, 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção da Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional , 14 mar. 2007. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte. v. 1, n. 2, 2º sem./1998.

_____. Marcelo Campos. Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Dialética e hermenêutica. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2 v. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LOPES, Silvia Regina Pontes. Vida Humana e esfera pública: contribuições de Hannah Arendt e de Jürgen Habermas para a questão da anencefalia fetal no Brasil – Belo Horizonte, MG: Argumentum, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores?. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9952>>.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. O primeiro instante. Revista Super Interessante, São Paulo, Edição no.219, ano 19, p.56-64, nov. 2005. ISSN 0104-1789

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Uma nova morte. Revista Super Interessante, São Paulo, Edição no.221, ano 19, p.46-55, nov. 2005. ISSN 0104-1789

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Marília Andrade dos. A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica . In: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>.