



CURSO DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

ELVIO IBSEN BARRETO DE SOUZA COUTINHO

**O DIREITO, A INTEGRIDADE E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
ANÁLISE DO ABORTO SEGUNDO AS PROPOSTAS DE RONALD
DWORKIN E DE JOHN FINNIS**

**BRASÍLIA
2018**

ELVIO IBSEN BARRETO DE SOUZA COUTINHO

**O DIREITO, A INTEGRIDADE E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:
ANÁLISE DO ABORTO SEGUNDO AS PROPOSTAS DE RONALD
DWORKIN E DE JOHN FINNIS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

Professor Orientador: Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão.

**BRASÍLIA
2018**

*Dedico este trabalho a minha família, em especial,
esposa, filhos, irmão e mãe (in memoriam), pois sem eles
este sonho seria inatingível.*

AGRADECIMENTOS

Aos Professores Jorge Octávio Lavocat Galvão, orientador e Carolina Costa Ferreira pela disposição em nos ajudar e pela amizade sincera.

RESUMO

A presente dissertação busca analisar a temática do aborto sob a ótica de posições diametralmente opostas, quais sejam: Ronald Dworkin e John Finnis, em cotejo com a realidade brasileira, principalmente com a decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 124306/RJ onde na fundamentação restou afirmado que o Aborto até o terceiro mês não seria conduta penalmente punível, desde que feito pela gestante ou com o seu consentimento. Partindo-se desse *decisum* dissecamos a possibilidade de as Cortes Constitucionais ou Juízes decidirem sem expressa previsão legal ou quando a própria lei estabelece as exceções de modo a indicar em que consistira a discricionariedade, a fim de apontar uma direção para o Judiciário decidir questões com grave dissenso político, a exemplo da descriminalização do aborto, sem carecer de legitimidade democrática, em busca de uma solução dialógica e que seja efetivamente cumprida, já que fruto de uma solução compartilhada, ainda que provisória e para a realidade brasileira de forma específica.

Palavras-Chave: Descriminalização do aborto. Ronald Dworkin e John Finnis. Legitimidade Democrática. Solução dialógica.

ABSTRACT

The present dissertation seeks to analyze the abortion issue from the standpoint of diametrically opposite positions, namely: Ronald Dworkin and John Finnis, in comparison with the Brazilian reality, mainly with the decision of the first Supreme Court Panel in habeas corpus 124306 / RJ where it was stated in the grounds that abortion up to the third month would not be a criminal offense, provided that it was done by the pregnant woman or with her consent. From this decision we dissect the possibility that the Constitutional Courts or Judges decide without express legal provision or when the law itself establishes the exceptions in order to indicate in what consisted the discretionary, in order to point a direction for the Judiciary to decide issues with serious political dissent, such as the decriminalization of abortion, without lacking democratic legitimacy, in search of a dialogical solution and that is effectively fulfilled, as a result of a shared solution, even if provisional and for Brazilian reality in a specific way.

Keywords: Decriminalization of abortion. Ronald Dworkin and John Finnis. Democratic Legitimacy. Dialogical solution.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN | 12 |
| 2.1. VISÃO GERAL DO PENSAMENTO DWORKINIANO..... | 12 |
| 2.1.1. A única resposta correta e o <i>direito como Integridade</i> | 12 |
| 2.1.2. Dworkin e a ideia de discricionariedade..... | 17 |
| 2.1.3. Dworkin e o tratamento dos <i>hard cases</i> | 26 |
| 2.1.4. A Obra de Dworkin e a análise da crítica..... | 32 |
| 2.2 VISÃO DWORKINIANA SOBRE O ABORTO | 36 |
| 2.2.1. Direitos não enumerados no texto de Dworkin | 36 |
| 2.2.2. O Aborto em Dworkin..... | 38 |
| 2.2.3. <i>Habeas Corpus</i> nº 124.306/RJ: A decisão e seus fundamentos..... | 40 |
| 2.2.3.1. Violação do Direito à integridade física e psíquica..... | 43 |
| 2.2.3.2. Violação à igualdade de Gênero | 44 |
| 2.2.3.3. Violação ao Princípio da Proporcionalidade | 44 |
| 2.2.3.4. Dados da ineficácia da tutela penal | 45 |
| 2.2.4. Análise e crítica da decisão do STF à luz da Teoria Dworkiniana..... | 47 |
| 2.2.4.1. Descriminalização do aborto: o que esperar do Poder Judiciário e do Poder Legislativo? | 48 |
| 2.2.4.2. Ronald Dworkin e o combate à discricionariedade do juiz | 51 |
| 2.2.4.3. Necessidade de adoção de mecanismo de autocontenção pelo juiz constitucional (<i>self-restraint</i>)..... | 52 |
| 3 O PENSAMENTO DE JOHN FINNIS..... | 54 |
| 3.1 VISÃO GERAL DO PENSAMENTO FINNISIANO | 54 |
| 3.1.1. Finnis e o Jusnaturalismo | 54 |
| 3.1.2. Finnis e a ideia de autoridade do direito..... | 58 |
| 3.1.3. Finnis e a ideia de casos centrais e de casos periféricos..... | 63 |
| 3.1.4. Finnis e a crítica de sua obra | 63 |

| | |
|--|-----------|
| 3.2 A VISÃO FINNISIANA SOBRE O ABORTO..... | 66 |
| 3.2.1. Aborto no Brasil e os aspectos morais, religiosos e jurídicos | 72 |
| 3.2.2. Poder Judiciário e/ou Poder Legislativo: Existe <i>locus</i> adequado para deliberação? | 75 |
| 4 CONCLUSÕES..... | 79 |
| REFERÊNCIAS | 83 |

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação tem por objetivo primordial explicar, ainda que de modo superficial as obras de Ronald Dworkin e John Finnis de forma geral e de forma específica no que se refere ao aborto. Serão apresentadas as divergências teóricas, os principais conceitos trazidos em suas obras, bem como as críticas levantadas contra elas.

Trata-se de tema complexo e que demanda o estudo de diversas áreas do conhecimento humano pois não há espaço para respostas simples. Desse modo, a depender das premissas levadas em consideração as respostas serão diametralmente opostas. Nesse contexto, para analisarmos o Direito à vida trazemos a temática do Aborto, sob a ótica de Ronald Dworkin e de John Finnis em cotejo com a decisão da primeira turma do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 124.306/RJ, onde ficou assentado que a prática abortiva até o terceiro mês é conduta atípica por uma série de pontos que serão explanados no decorrer desta dissertação.

Não é demasiado trazer à tona o fato de que o aborto nem sempre foi repreendido pela sociedade. Na antiguidade, sabe-se que entre os gregos e romanos era dada à mulher solteira a possibilidade de abortar, com a ideia de que esta poderia dispor do próprio corpo. Fato é que atualmente alguns setores da sociedade têm reconhecido o “direito à escolha” da mulher, a despeito dos direitos inerentes ao nascituro, como o direito à vida. Tal embate surgiu principalmente após a decisão no célebre caso *Roe versus Wade* na qual o aborto restou legalizado nos Estados Unidos desde 1973. Em virtude dessa decisão e de outras, que representaram a sobreposição do Judiciário sobre os demais Poderes, surgiram nos Estados Unidos os conceitos de “Juristocracia” e de “Supremacia Judicial”.

Nesse contexto, surge a discussão sobre a legalização do Aborto, tema polêmico e que ao mesmo tempo demanda hodiernamente uma resposta efetiva por parte do Legislativo e do Poder Judiciário. Partindo dessa base, deve-se analisar o tema sob a perspectiva da autonomia da mulher, do direito à integridade física e psíquica, da igualdade de gênero, da discriminação social e do impacto desproporcional sobre as mulheres pobres de um lado e do outro da violação dos direitos inerentes ao nascituro à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, III).

Na decisão da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 124306/RJ, mencionou-se a possibilidade de que a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação também não seria crime quando provocado pela própria gestante (CP, Art. 124) ou com o seu consentimento (CP, Art. 126).

A partir disso, pergunta-se: Qual a possibilidade para enfrentar esse *hard case* sem violação à Separação de Poderes?

Na presente dissertação será analisada a descriminalização do aborto à luz das Obras de Ronald Dworkin e de John Finnis, de modo a indicar quais as possibilidades de que dispõe a Corte Constitucional para decidir de forma contramajoritária, sem violação à Separação de Poderes e carência de legitimidade por parte dos diversos atores interpretativos da Constituição Federal.

Em linhas gerais, pode-se mencionar que a escolha pelos dois autores não ocorreu de forma aleatória, mas pela ciência de que pertencem a categorias diversas com o intuito de sopesar qual concepção melhor atende à realidade brasileira, se consideramos que as obras precisam ser introduzidas de forma crítica e reflexiva, sob pena de lhes faltar a legitimidade necessária para que ocorra o efetivo cumprimento.

Longe de se estabelecer uma solução sobre o aborto, a presente dissertação tem por escopo realizar uma leitura dialógica entre as teorias de autores que se posicionam em lados opostos, já que o tema diz muito mais do que sobre a autonomia procriativa da mulher, mas sobre o direito à vida humana como um todo.

No **primeiro capítulo** será feita uma análise sobre a visão geral da obra de Ronald Dworkin, procurando delimitar a ideia de “única resposta correta”, do Direito como integridade e da (in)existência de discricionabilidade judicial para ao final levantar algumas críticas sobre sua Obra. Ainda no mesmo capítulo, mas em tópico diverso, o foco passa a ser a temática do aborto para o referido autor em cotejo com um estudo da decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 124306/RJ acima mencionado que indicou os requisitos para que a tipificação penal de uma conduta seja compatível com a Constituição Federal.

Em suma, será feita uma correlação entre o “Ativismo Judicial” e a decisão do Supremo no *habeas corpus* 124.306/RJ pois é sabido que além da proteção do direito fundamental à vida do nascituro, resguarda-se também o direito à liberdade e à igualdade da mulher e isso demanda certa ponderação por parte dos intérpretes da Constituição, principalmente se considerarmos que algumas legislações, como a Uruguaia, descriminalizaram o aborto.

No **segundo capítulo** será feita uma análise sobre a visão geral da obra de John Finnis procurando delimitar a ideia de “leis injustas”, “bens humanos básicos” e de “obrigação moral” para ao final levantar algumas críticas sobre ela. Ainda no mesmo capítulo, mas em tópico diverso, o foco passa a ser a temática específica do aborto onde o autor a proíbe por considerar o Direito à vida um direito humano básico. Após, será feito um breve levantamento sobre a

questão da prática abortiva no mundo atualmente para em seguida vislumbrarmos a realidade brasileira e identificar se existe e qual será o *locus* adequado para decidir questões de grave desacordo moral razoável.

Enfim, o assunto é permeado por valores morais, religiosos e culturais, mas a presente dissertação analisará a temática sob a ótica dos dois autores para ao final apontar a solução mais adequada, ainda que provisória e ainda que sirva apenas à realidade brasileira.

2 O PENSAMENTO DE RONALD DWORKIN

Neste capítulo será analisado o pensamento de Dworkin, de forma geral, em primeiro lugar. Levar-se-ão a efeito reflexões sobre pontos de vista dele no que se refere ao Direito Constitucional, à Filosofia Moral e à Filosofia Política. A partir do exame dessa dimensão moral e política, num segundo momento, serão abordados os posicionamentos dele acerca do aborto, buscando analisar a decisão da primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 124306/RJ onde na fundamentação restou afirmado que a conduta, se realizada até o terceiro mês, não seria penalmente punível, desde que feita pela gestante ou com o seu consentimento.

2.1 VISÃO GERAL DO PENSAMENTO DWORKINIANO

2.1.1 A única resposta correta e o *Direito como Integridade*

Antes de uma reprodução sem crítica da Obra do filósofo Ronald Dworkin, faz-se necessário apontar o conteúdo essencial para em momento posterior analisar a temática do aborto. Nesse ponto, é crível que existam diversas monografias com premissas falsas, que chegam, por óbvio, a conclusões errôneas.

Assim, sem mais delongas, devem ser fixadas as premissas que fundamentaram a conhecida tese da “única resposta correta” do jusfilósofo:

- i. Embora não se confunda com a moral, o Direito se vincula com os princípios morais;
- ii. O sistema jurídico é sustentado pelos seguintes princípios morais: o direito a ser tratado com igual consideração e respeito e a responsabilidade pessoal de cada um por sua própria vida;
- iii. A aplicação prática de determinado *hard case*, advém da unidade e integridade da moral, de uma moral compartilhada por uma dada comunidade política;
- iv. O Direito deve ser visto e interpretado como um sistema íntegro, coerente e completo de regras e de princípios;
- v. A melhor interpretação seria aquela que envolvesse a correlação entre *todo* e *partes*, ou, em outros termos, que demonstrasse como os casos novos se enquadrariam naquela

totalidade íntegra e coerente de princípios e regras jurídicas. Naquela totalidade, residiria a “única resposta correta”, cuja busca caberia a Hércules, o juiz ideal de Dworkin;

vi. Ao concentrar o seu ideal regulador na figura de um juiz, Dworkin aposta no Poder Judiciário como o intérprete mais autêntico da Constituição.

Com base nas premissas apontadas da Obra de Ronald Dworkin, é possível apontar uma única resposta correta? A indagação acaba por envolver questões práticas bastante relevantes. Por exemplo, as conclusões sobre a possibilidade de uma única resposta correta para os assim chamados casos difíceis terão consequências diretas no que se deve entender por segurança jurídica.

A tese da única resposta correta ganhou sofisticação com a metáfora do romance em cadeia. Nela, mesmo o primeiro escritor terá a tarefa de interpretar a obra em elaboração, bem como o gênero que se propõe a escrever. Por isso, cada romancista não tem liberdade criativa, pois há um dever de escolher a interpretação que, para ele, faça da obra em continuação a melhor possível. Tal metáfora indica que a prática social interpretativa e argumentativa é um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional. Assim, a resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente.

Nessa senda, Ronald Dworkin contribui para a construção de uma teoria construtivista capaz de garantir, simultaneamente, uma solução justa para um determinado caso e rejeitar a discricionariedade como fundamento da decisão judicial. Dworkin propõe também que se compreenda a democracia como expressão comunitária que considere a coletividade como fenômeno distinguível do somatório das vontades individuais de seus membros.

Dworkin defende a tese do direito como integridade como forma de superar o convencionalismo e o pragmatismo judicial. Nestas, não há dever de coerência com decisões anteriores.

Basicamente, a ideia de que o direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais. Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada. Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação. Além disso, o ideal do Direito como Integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos.

Dessa forma, uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. Dworkin ora os nomeia em três (justiça, equidade e devido processo), ora em simplesmente dois (igualdade e liberdade), mas o certo é que, para o autor o Direito, através desses princípios, deve realizar um projeto político, com base em um determinado modelo de sociedade. Aqui, algumas palavras devem ser ditas sobre a tradução brasileira da obra de Dworkin.

Quando o autor americano faz referência à integridade e fala dos princípios de justiça, equidade (que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, se refere à equidade utilizando o termo em inglês *fairness*. A tradução brasileira desse termo entendeu *fairness* como equidade, uma possibilidade legítima, mas talvez não a melhor. Isso porque os brasileiros podem confundir a expressão utilizada por Dworkin com o uso corrente de equidade na doutrina jurídica nacional. Como se sabe, quando se diz, no Brasil, que o juiz pode decidir por equidade, significa que o juiz pode abandonar o ordenamento jurídico e construir a regra jurídica segundo o debate travado no processo, como se fosse o legislador naquele momento.

Dworkin responderá que dependerá da concepção que tivermos de igualdade e liberdade. Se entendermos que liberdade é toda e qualquer invasão em minha esfera de comportamento, posso entender que as normas penais invadem minha liberdade. Mas, afirma o autor, essa compreensão de liberdade é muito tosca. Devemos buscar uma outra compreensão para liberdade, no sentido de entendermos esse princípio como esfera de atuação sem intervenção, desde que não impeça o igual direito do outro de agir da mesma forma. Assim, podemos perceber que as normas penais não invadem a liberdade, mas são condição de possibilidade do direito de liberdade de todos, como também as políticas redistributivas não invadem nem a igualdade nem a liberdade, porque permitem justamente que todos tenham possibilidades iguais de atuação na sociedade.

Assim, na medida em que compreendemos a igualdade como o direito que todo cidadão tem de ser tratado com igual respeito e consideração por seus concidadãos e pelo próprio Estado, podemos perceber que a igualdade é a sombra que cobre a liberdade, pois o igual respeito implicará a atribuição de iguais liberdades a todos. Dessa forma, o aparente conflito entre esses valores desaparece.

Portanto, a ideia de integridade do direito pressupõe uma comunidade política democrática e a afirmação dos princípios de igualdade e liberdade. E, obviamente, diz Dworkin, se entendermos de maneira adequada essas questões, veremos que o controle de constitucionalidade não é contrário à democracia, mas um instrumento de defesa da própria democracia.

De acordo com Dworkin, só podemos entender corretamente os princípios de igualdade e liberdade se compreendermos corretamente o que vem a ser uma democracia, pois para o autor há uma relação intrínseca entre igualdade, liberdade e regime democrático.

Ao contrário do que possa parecer, democracia não se resolve com a regra da maioria. Em outras palavras, democracia não significa necessariamente regra da maioria. Resumindo bastante o pensamento do autor americano, democracia significa que as pessoas se veem como parceiras de um empreendimento político comum.

Dworkin várias vezes utiliza a figura de uma orquestra como analogia para explicar o que vem a ser uma comunidade democrática. Assim como uma orquestra é formada por pessoas as mais diferentes, de localidades diferentes, com línguas, tradições, culturas diferentes, mas que, no entanto, estão unidas por um projeto comum (tocar determinada peça musical, fazer uma apresentação, etc.), também uma comunidade democrática apresenta as mesmas características. Dessa forma, o que caracteriza uma democracia não é apenas a regra da maioria, mas o respeito pela diversidade, ou a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos tendo em vista um projeto comum. Aqui, a ideia de parceria para a realização de um projeto comum. Central, portanto, para que a democracia funcione é que os princípios de igualdade e liberdade tenham livre curso e que sejam entendidos adequadamente.

O princípio da igualdade não pode mais ser entendido como tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam, pois sempre fica o problema de se saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Igualdade, seguindo as trilhas de Ronald Dworkin, só pode ser entendida como tratar a todos com a mesma consideração e respeito, não tendo, assim, um conteúdo fixo, mas levando a sério a sua própria natureza de princípio jurídico.

Essa ideia de igualdade pressupõe, de acordo com Dworkin, um modelo de repartição de bens, termo aqui entendido não apenas em sentido econômico, mas englobando também as capacidades físicas, os gostos. Por outro lado, não é possível igualdade sem liberdade. Se, por exemplo, a liberdade de expressão é restrita, por um longo período, em favor da estabilização

de uma ordem igualitária, não há verdadeira igualdade: uns estarão sendo tratados como mais livres que outros, já que uns podem decidir livremente o que falar e outros devem ser tutelados. As restrições não razoáveis à liberdade são incompatíveis com a igualdade já que implicam estabelecer uma diferença ilegítima entre os que decidem e os que obedecem. O mesmo pode ser dito também em relação à liberdade religiosa.

Os princípios da igualdade e da liberdade se relacionam nesse modelo liberal da sociedade pensado por Dworkin a partir da compreensão de que igualdade e liberdade são ideais normativos e não devem ser divididos. Devemos entender que liberdade não significa uma licença para se fazer o que se bem entende. Se assim for, obviamente a liberdade entrará em conflito com a igualdade e, assim, tenderá sempre a perder.

Por outro lado, devemos entender a igualdade como a sombra que cobre a liberdade, ou seja, que os dois princípios são complementares, se pressupõem mutuamente e proteger a liberdade leva necessariamente a proteger a igualdade. Para isso dever-se-ia definir quais seriam as liberdades básicas. Afirmando não haver um catálogo taxativo, Dworkin cita os direitos de liberdade de expressão, liberdade de consciência, de associação, liberdade religiosa e a liberdade de eleição em assuntos que afetam aspectos centrais ou importantes da vida pessoal, como emprego, questões familiares, escolha sexual e tratamentos médicos.

Esses direitos são essenciais, para Dworkin, exatamente para promover o ideal de democracia proposto pelo autor, enquanto associação de homens livres e iguais. Assim, para Dworkin, a democracia, que deve ser vista como associativa, apresenta três dimensões.

A primeira dimensão é a da soberania popular, que implica uma relação entre a comunidade ou o povo no seu conjunto e os diferentes funcionários que formam o governo. A democracia exige que o povo governe e não os funcionários. Já a segunda dimensão é a igualdade dos cidadãos. Essa igualdade exige que os cidadãos participem como iguais. Isso se reflete na ideia de que todas as pessoas devem ter o mesmo impacto com o voto. Por fim, a terceira dimensão da democracia associativa é o discurso democrático. De acordo com Dworkin, se o discurso público está restringido pela censura, ou fracassa porque as pessoas gritam ou insultam-se mutuamente, então não temos um autogoverno coletivo.

Portanto, o Direito como Integridade não pode ser rotulado de ativista, já que a interpretação jurídica não é uma atividade criativa. Da mesma forma, não se pode colocar a Teoria do Direito como Integridade em uma perspectiva de autorrestrição ou autocontenção judicial, pois também a interpretação do direito não se restringe a apenas encontrar algo que

sempre esteve lá no ordenamento jurídico. Como diz Ronald Dworkin, a pergunta, se o juiz ao interpretar descobre ou inventa um direito novo, está mal colocada. Ele faz as duas coisas e nenhuma delas ao mesmo tempo.

A prática na qual o grupo majoritário pode ter a prerrogativa de impor sua religião a um grupo minoritário, por exemplo, viola não só a liberdade, mas também, e fundamentalmente, a igualdade, porque não trata a todos e a seus projetos pessoais de vida como dignos de igual respeito e consideração. Em tal contexto, não é possível a cooperação no processo deliberativo democrático. Uma sociedade plural que não permite que todos realizem, de fato, seus projetos pessoais de vida não é capaz de criar uma predisposição generalizada para a cooperação democrática.

Com isso, a proposta construtivista de Dworkin busca limitar a discricionariedade do juiz que deve procurar compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente. Essa adequação se dá em termos de teoria geral explicativa. Para o jusfilósofo, a integridade não se confunde com a justiça e com a equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade.

2.1.2 Dworkin e a ideia de discricionariedade

Talvez o primeiro aspecto que chame a atenção no tratamento dworkiano da discricionariedade e dos casos difíceis consista precisamente em seu conceito de discricionariedade "forte" ou rechaçável, que se limita às hipóteses de lacunas e de soluções normativas injustas ou inadequadas à luz dos princípios.

Ao contrário, mostra escassa preocupação pelos problemas de atribuição de significado aos enunciados normativos, cuja solução confia ao exercício do discernimento ou ao bom senso; por exemplo, dizer quais são os soldados mais experientes — e este é o exemplo de Dworkin —, os rapazes mais virtuosos, os melhores pais de família ou os opositores com mais méritos constituiriam suposições de discricionariedade fraca, o que, na argumentação de nosso autor, equivale a dizer que o significado de tais conceitos pode ser *descoberto* pelo intérprete sem necessidade de recorrer a sua moralidade subjetiva, sem necessidade de projetar na decisão os preconceitos e valores culturais do próprio operador jurídico; pois, se assim ocorresse, estaríamos já em presença de uma discricionariedade forte.

Isso põe em relevo uma vez mais o pouco interesse de Dworkin pelos problemas da linguagem, pois a atribuição de significado às normas, especialmente quando padecem da inconsistência que caracteriza os exemplos enunciados, exige algo mais que simples discernimento. Por isso, pode dizer algum crítico que essa distinção entre uma discricionariedade fraca e outra forte não se mantém em pé.

Em realidade, creio que um exame cuidadoso da questão realça que Dworkin não aceita as conseqüências de uma discricionariedade fraca como a que acabamos de comentar, quer dizer, não aceita que o mero exercício de discernimento do sargento acerca do soldado mais qualificado ou do tribunal acerca do opositor mais qualificado possa dar lugar a soluções diferentes dependendo de quem seja o sargento ou de quem componha o Tribunal.

Talvez ele pense que nestes casos, como nos pretendidos de discricionariedade forte, exista sempre uma solução mais correta e, quando admite esse discernimento ou bom senso, o único que quer indicar é que a norma ou mandato não podem ser aplicados de um modo mecânico ou automático. O que significa que com o nome de discricionariedade fraca não alude a nenhuma suposição aceitável de autêntica discricionariedade, mas sim aos problemas de inconsistência da linguagem normativa; enquanto que reserva o qualificativo de "forte" para referir-se aos problemas de lacunas ou de incompatibilidade entre as soluções normativas e os princípios.

Definitivamente, para Dworkin a discricionariedade não é aceitável em nenhum sentido porque à luz do Direito — tal e como ele o entende — *deve* existir sempre uma resposta correta ou, ao menos, uma mais correta do que qualquer outra.

Se bem que o binômio imprecisão/precisão não é equivalente ao do conceito/concepção, a ideia que acabamos de enunciar pode ficar mais bem ilustrada analisando este último, mesmo que seja somente porque nosso autor dedica escasso interesse ao primeiro deles. Com efeito, na linha dos problemas que suscita a interpretação da Constituição norte-americana, Dworkin formula essa distinção que qualifica de crucial, embora escolha uma doutrina bem conhecida; os conceitos fazem referência a conteúdos ou proposições morais que não são objeto de discussão, enquanto que as concepções representam uma forma histórica ou subjetiva de plasmar tais conceitos. "A diferença não reside no *detalhe* das instruções dadas, mas no *tipo* de instrução que se dá: quando se apela a um conceito coloca-se um problema moral; quando se formula uma concepção desse conceito, tenta-se resolvê-lo" (DWORKIN, 2003).

Às vezes, a Constituição incorpora preceitos bem delimitados e completos, cujo significado é sempre idêntico por aludir a uma realidade determinada e conhecida; são as chamadas concepções que o legislador constituinte quis fazer perdurar como decisões básicas do sistema. No entanto, frequentemente os constituintes não desejaram que seus particulares pontos de vista sobre um conceito moral se cristalizassem como concepções firmes, senão que de forma premeditada cunharam termos "vagos", referências a modelos de conduta cuja concretização dependesse das concepções do momento.

São os chamados "conceitos" constitucionais, que exigem ser completados ou dotados de sentido por um Tribunal atento à teoria moral que já conhecemos. Assim, quando a Constituição consagra "o processo devido" ou o "igual tratamento" não significa que tenhamos de investigar que casos o primitivo legislador considerou como transgressores de tais princípios, senão que ponderaremos esses modelos à luz de uma concepção atual.

À primeira vista, poderia parecer que abrimos a porta ao exercício de certa discricionariedade que impediria continuar mantendo que sempre e em todo caso exista uma única resposta possível. Os conceitos morais seriam como tais conceitos, incontrovertíveis, porém admitiriam uma pluralidade de concepções; todos os juízes estarão de acordo — porque o diz a Constituição, art. 15 — em que se deve abolir as "penas ou tratos desumanos ou degradantes"; mas cada um deles, sobretudo ao longo de certo tempo, poderá manter concepções díspares acerca de quais são essas penas ou tratos, de modo que existindo consenso *no conceito*, racionalmente não pode dizer-se que exista na *concepção*.

O próprio Dworkin dá força a esta interpretação quando fala de "concepções concorrentes" entre as que o juiz deverá "decidir" ou quando afirma que as concepções são controvertíveis ou discutíveis. E algum comentarista parece aceitar essa sugestão quando compara a distinção Dworkiana com aquela outra que formula Hart entre núcleo de certeza e zona de penumbra, compreendendo-se que em torno aos conceitos existe um consenso entre todos os membros da comunidade, porém que "do conceito de partida derivam muitas interpretações alternativas cada uma das quais representa uma diversa concepção do mesmo conceito". No entanto, não creio que seja esta a melhor interpretação do pensamento de Dworkin.

Mesmo que para os juristas seja quase intuitivo pensar que na aplicação dos princípios existe maior margem de discricionariedade e, portanto, de responsabilidade do intérprete, os princípios estão em condições de proporcionar a melhor resposta; isto é, não só existe somente

um conceito de trato desumano e degradante, senão que em cada caso existe ou é possível encontrar também a melhor *concepção* desse conceito.

Moralmente, não parece possível que duas respostas apresentem a mesma plausibilidade; uma delas deve ser sempre melhor que a outra. Assim então, não compreendo que Dworkin aceite a existência de discricionariedade em nenhum sentido da palavra; admite que se fale de discricionariedade fraca para aludir ao discernimento ou bom senso na aplicação das normas que se opõem ao mecanicismo ou automatismo, nada mais. Para ele, a discricionariedade implica que o Direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre as quais o juiz escolhe a que lhe parece moralmente mais justa ou socialmente mais útil; mas, por isso, a discricionariedade em sua opinião é inadmissível, tanto para descrever a simples decisão do sargento acerca do soldado mais experiente, como para dar conta do complexo raciocínio de um Tribunal Supremo ou Constitucional no tocante à proteção de um direito subjetivo.

Sem dúvida, certo é que os princípios, por sua generalidade e imprecisão, por não considerar uma hipótese efetivamente determinada, gozam de uma notável força expansiva que atrai até eles os casos difíceis que carecem de regulação expressa ou sobre aos que incidem normativas incompatíveis; e inclusive cabe aceitar que em um Direito como o espanhol sempre se encontrará algum princípio relevante capaz de orientar a decisão sobre qualquer problema.

Porém, justamente pelas mesmas razões, a aplicação dos princípios propicia o exercício da discricionariedade ou a escolha entre diversas alternativas; de um lado, porque frequentemente carecem de uma formulação precisa e nem sequer escrita e, de outro, sobretudo, porque em um sistema jurídico convivem princípios contrastantes ou que podem dar lugar a resultados contraditórios e, como já sabemos, não existe um critério seguro para medir seu peso relativo em cada caso.

No entanto, a posição de Dworkin não parece consciente dessas dificuldades e em certo modo contribui para encobrir a realidade do comportamento dos juízes, que dispõem assim de uma cobertura ideológica para *transferir* para outros suas próprias decisões, uma cobertura que não é cômoda por requerer deles um conhecimento e uma reflexão hercúlea, mas que, em troca, assegura sua irresponsabilidade como criadores do Direito; com o que, paradoxalmente, sua teoria não cerceia senão que estimula a discricionariedade judicial.

Na Teoria do Direito como Integridade, Dworkin nega a prática do decisionismo e defende a necessidade de uma "instituição" de direitos e de "instituições", dentre elas o

Judiciário, que "levem os direitos e a Constituição a sério". Nesse aspecto, estabelece o liame entre o neoconstitucionalismo e a sua teoria dos direitos, que o vê como um sistema de regras e de princípios.

A leitura moral da Constituição, nesse aspecto, é o primeiro passo para que se possam livrar os juízes do "protagonismo" que o positivismo com sua discricionariedade lhes legou.

A postura positivista, nesse aspecto, é severamente criticada por Dworkin, podendo ser resumida com os seguintes pilares:

i. O Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais que visam determinar quais são as condutas passíveis de coerção ou punição pelo poder público;

ii. Quando um caso não estiver coberto por uma das regras, o caso não pode ser resolvido pela aplicação do direito, mas pelo "discernimento pessoal" do juiz;

iii. Ter obrigação jurídica é dizer que o caso se enquadra na regra jurídica válida que exige que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa, atacando, como faz o jusfilósofo norte-americano, a discricionariedade judicial em seu sentido "forte", sinônimo de decisionismo.

Dworkin defende os chamados "direitos políticos preferenciais", notadamente aqueles derivados do "direito abstrato à consideração e respeito", que preexistem ao Estado e que por isso podem ser opostos a ele. Reconhece-se, assim, um caráter normativo das imposições de perfil moral veiculadas pelos princípios que exercem uma espécie de "força gravitacional" sobre a argumentação judicial.

O grande desafio da prática do Direito, que é interpretativa, é o de trabalhar uma postura que concilie o caráter criativo da hermenêutica com a "exigência democrática de que o tribunal 'construa' suas decisões com a colaboração efetiva das partes e de que o resultado deste processo seja um provimento que honre a materialidade da Constituição e a história judiciária produzida com sucesso. É a superação desse desafio que possibilitará combater o protagonismo judicial, possibilitando que a decisão judicial seja uma resposta "do Direito", e não simplesmente "do juiz".

Impende destacar o significado de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo para Dworkin:

A justiça diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal

adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu. A supremacia legislativa que obriga Hércules a aplicar as leis, mesmo quando produz uma incoerência substantiva, é uma questão de equidade porque protege o poder da maioria de fazer o direito que quer. As doutrinas rigorosas do precedente, as práticas da história legislativa e a prioridade local são em grande parte, embora de maneira distintas, questões de processo legal adjetivo, porque estimulam os cidadãos a confiar em suposições e pronunciamentos doutrinários que seria errado trair ao julgá-los depois do fato.” (DWORKIN, 2007, p. 483).

A decisão judicial, no modelo proposto por Dworkin, apresenta uma resposta correta para cada caso que irá decidir. Segundo seu entendimento, sempre existirão princípios organizados coerentemente no sistema jurídico vigente capazes de fundamentar a decisão do juiz. Esse princípio será construído argumentativamente em conformidade com a práxis jurídica e social da comunidade que vê o direito como integridade: a comunidade dos princípios.

Na comunidade de princípios existe um sentimento coletivo de responsabilidade e comprometimento. Nesta comunidade, os cidadãos encaram as responsabilidades da comunidade como pessoais, desprezam o sentimento egoísta ao resolver um conflito.

Dworkin, na obra *o Império do Direito* defende três modelos de comunidade. Dentre eles, a comunidade de princípios, que além das regras, aceita a existência de princípios políticos comuns.

Ao primeiro modelo de comunidade, Dworkin chama de por simples acidente de fato. Neste caso, considera-se uma simples coincidência estar no mesmo tempo e lugar que outras pessoas e não se considera ter em relação a elas nenhuma obrigação que não se teria por outras pessoas. Convive-se em paz com elas, coopera-se inclusive em projetos comuns, mas apenas na medida em que isso seja vantajoso para o indivíduo fazendo este cálculo, e em nenhuma outra situação.

De qualquer maneira, segundo Dworkin, este modelo falha em todos os quatro aspectos acima listados. Se houver obrigações entre os membros da comunidade, elas não serão nem especiais, nem gerais, nem pessoais, muito menos expressarão qualquer tipo de interesse igual por todos os membros. Por esta razão, este modelo deve ser rejeitado.

Ao segundo, Dworkin chama de modelo de regras. A comunidade de regras seria uma em que os membros se comprometem a observar uns com os outros, obrigações fixadas por regras explícitas, e apenas estas obrigações. Veem estas regras como produto de uma criação artificial, que requereu negociação e concessões recíprocas entre lados concorrentes e considera que se estaria traindo estes compromissos, favorecendo indevidamente um lado ou a outro, se

se estendesse ou restringisse as obrigações para além do que foi estritamente fixado nas regras decididas. Assim, fora destas regras, não há nada que um membro possa esperar do outro.

Para Dworkin, uma comunidade de regras consegue satisfazer dois dos aspectos antes listados, pois consegue mostrar as obrigações associativas como ao mesmo tempo especiais e gerais. Contudo, tais obrigações seriam ainda impessoais e não mostrariam respeito igual pelos membros quando as regras assim já não o fizessem. Por isso, este modelo também é menos que satisfatório e deve ser abandonado.

Por fim, o terceiro modelo, uma comunidade de princípios. Nesta, considera-se que os membros partilham uma compreensão comum de princípios que informam a justiça, a equidade e o devido processo legal e que suas obrigações uns com os outros, fixadas ou não em regras explícitas, derivam na verdade destes princípios e sua aplicação conjunta e coerente às várias possíveis situações.

Dworkin avança, então, para sustentar que uma comunidade de princípios explicaria e justificaria as obrigações associativas de modo mais adequado, porque as mostraria como especiais, gerais, pessoais e conectadas a um igual interesse por cada membro mesmo ali onde os interesses ou as regras pudessem ditar de modo diverso. Por conseguinte, apenas o modelo de princípios, a comunidade de princípios, conseguiria explicar e justificar as obrigações associativas em todos os quatro aspectos que Dworkin fixou como necessários.

Daí é que se passa ao argumento definitivo em favor da integridade. Se o modelo de comunidade que adotamos é o de princípios, único capaz de explicar e justificar as obrigações associativas em todos os quatro aspectos relevantes, então, neste tipo de comunidade todas as decisões políticas, quer legislativas, quer judiciárias, teriam que, para serem legítimas, derivar do mesmo conjunto de princípios. Ou seja, neste tipo de comunidade, seria preciso necessariamente observar a integridade.

A personificação da comunidade e a adição da integridade à lista das virtudes da comunidade política, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal não seria mais apenas um argumento moral entre outros com certo peso relativo: ele seria a única fundação da legitimidade das decisões políticas de uma comunidade que se autocompreenda segundo o modelo de princípios, coisa que ela terá que fazer caso queira dar conta de suas obrigações associativas.

As obrigações associativas exigem, como explicação e justificação, a comunidade de princípios; e esta, por sua vez, exige, para legitimidade de suas decisões, a virtude da integridade enquanto aplicação coerente do mesmo conjunto de princípios. Como o direito como integridade é a única concepção pós-interpretativa do direito que realiza esta virtude, ele

é, assim, a única concepção interpretativa adequada para uma comunidade de princípios. Este é, segundo Dworkin, o argumento definitivo em favor do direito como integridade.

A verdade é que Dworkin propõe uma terceira via, entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, a partir do modelo construtivista de Rawls¹.

A posição de Dworkin parte do pressuposto de que a argumentação moral se caracteriza pela construção de um conjunto de princípios que justificam e dão sentido às instituições e às quais estas devem adequar-se, seu objetivo é restaurar a relação entre a argumentação moral e a jurídica, cuja separação radical constituiu o elemento condutor do positivismo.

De qualquer modo, assume posição contrária ao positivismo, especialmente no que diz respeito a Hart, por entender ser esta corrente incapaz de atender à complexidade do direito, fundamentando-a a partir da apreciação da problemática da função judicial.

Muito embora não reste claro um procedimento que leve com segurança a encontrar a resposta correta, a teoria formulada por Dworkin tem o mérito de trazer uma nova maneira de enfrentar problemas jurídicos e questões morais e políticas envolvidas por estes, afastando-se de um relativismo prejudicial à discussão desses problemas.

O jusfilósofo americano sustenta que o conteúdo normativo do direito não pode se basear em objetivos, mas em uma teoria dos direitos individuais, rechaçando, portanto, o substrato utilitarista da teoria geral do direito e propondo uma teoria alternativa dos direitos com fundamento de sua parte normativa.

Busca afastar a discricionariedade judicial, propondo a tese da resposta correta e a função judicial como garantia dos direitos, como elementos fundamentais para a crítica levada a efeito por Dworkin.

Enfoca o estudo do direito desde a perspectiva dos problemas candentes da atualidade, pondo em evidência a necessidade de relacionamento entre pensamento moral e pensamento jurídico.

Nesse contexto, devem ser utilizadas as capacidades humanas para resolver problemas que se põe ante o juiz, a teoria é indispensável e tem a função de orientar a decisão judicial em casos controvertidos e difíceis. Por fim, a filosofia política de Dworkin renova os pressupostos liberais, propondo um novo liberalismo de caráter progressista e igualitário.

¹ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Dworkin mantém a tese da “única resposta correta”, para os casos difíceis, abrangendo valores no campo do Direito, da Política, da Ética e da Moral.

Caracterizada que a busca pela resposta correta deve ser uma atitude do magistrado na solução de cada caso controvertido, essa postura tem relação direta com seu dever de fundamentar as decisões judiciais.

Há uma relação direta entre a necessidade de fundamentar as decisões judiciais e a ideia de resposta correta. Nesse passo, como já afirmado linhas atrás, a resposta correta é um processo que leva em conta as peculiaridades do caso concreto e do direito, não a compreensão solipsista do magistrado.

Por outro lado, é inegável o protagonismo do judiciário no Direito como Integridade, o que fica evidente quando Dworkin afirma que os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, não obstante suas atribuições sejam limitadas pelo sistema coerente de princípios que constitui a comunidade política de que participam: eles, os juízes, não são os “videntes e profetas” desse império². Afinal de contas, é esse sistema de princípios que deve servir de fundamento e de freio para as suas decisões, o que diferenciaria o modelo teórico de Dworkin do que ele chamou de ativismo judicial, este vivenciado quando o juiz ignora “o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política.”³

Outro ponto relevante é que Dworkin vê a moral como uma totalidade unitária e integrada de valores, portanto, os quais guardam entre si uma relação inexorável de interdependência. Diante disso, não haveria autênticos conflitos entre valores. Na medida em que se interpretasse corretamente cada parte de acordo com as outras partes e com os objetivos da “teia integrada de valores”, os aparentes conflitos, em verdade, se resumiriam a interpretações equivocadas dessas partes. Os conflitos aparentes são inevitáveis, afirma ele, mas ilusórios e temporários.

Em suma, a distinção mesma entre casos fáceis e casos difíceis perderia muito de sua importância: o direito não seria exclusivamente semântico, pelo que a ideia dos limites intrínsecos da linguagem deveria ceder. Os casos fáceis seriam, na verdade, “casos especiais de casos difíceis”⁴. A diferença é que eles teriam a sua solução encontrada já de modo quase

² DWORKIN, 2014-a, p. 486.

³ Idem., 2014-a, p. 451.

⁴ DWORKIN, 2014-a, p. 317.

automático, pois as respostas às suas perguntas pareceriam evidentes ao intérprete, de modo que qualquer teoria mais complexa para se chegar à decisão correta, tais como as que Hércules precisa formular quando dos casos difíceis, tornar-se-ia imperceptível⁵.

2.1.3. Dworkin e o tratamento dos *hard cases*

Ele deve levar em consideração quais são os princípios mais importantes, pois não basta dizer que qualquer princípio pode ser invocado para mudar alguma regra. Se assim fosse entendido, então não teria porque existir as regras.

Uma ressalva importante que Dworkin estabelece é a seguinte: é preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros.

Poderá haver discordância sobre qual princípio ou qual política é mais importante, pois não existe nenhum procedimento mecânico para mostrar quais são os direitos dos envolvidos. A decisão se dará na melhor justificação moral possível, sendo que para todo “caso difícil” há uma resposta correta. É importante mencionar que a resposta correta para os “casos difíceis” não têm pretensão de ser uma verdade absoluta.

A questão central é que a decisão deve ser justificada, e deve estar de acordo com o direito preestabelecido. Sendo que é a moral que fundamenta o Direito, pois uma regra pode ser alterada com base em algum princípio, princípio que está baseado em convicções morais da comunidade; tornando, desse modo, o sistema jurídico obrigatório. Isso significa que a Moral e o Direito são indissociáveis, pois, o princípio que é invocado na falta de uma regra faz parte dos costumes e do próprio direito.

Em outras palavras, o padrão de correção dos princípios é a própria comunidade na qual o indivíduo está inserido. De acordo com a segunda condição, para que uma regra possa ser alterada o juiz deve levar em consideração alguns padrões importantes, que podem ser princípios, os quais se opõem a determinada regra.

Dworkin critica a discricionariedade por desconhecer os princípios como fundamentais na adjudicação, e defende que em “casos difíceis” o juiz deve decidir o caso

⁵ Idem, 2014-a, p. 423.

buscando por princípios dentro do ordenamento jurídico, ou seja, buscando por alternativas internas ao direito.

Na análise do poder discricionário, Dworkin reconhece que os princípios possuem alguma importância. O Juiz na decisão de um caso deve observar, na ausência de uma regra, os princípios. Ele deve buscar a melhor justificação moral e, sendo assim, buscar por princípios que melhor se conformam ao Direito preexistente. Dito de outra forma, o juiz é encarregado de tomar certas decisões conformes aos padrões estabelecidos. E, nesse sentido, ele deve dar um juízo substantivo sobre qual das partes irá ganhar a causa. Porém, a decisão tem limites, os quais são impostos pelo Direito.

Logo, Dworkin assume uma forma de discricionariedade, mas não na mesma medida que Hart⁶. Em Hart é clara a defesa acerca do exercício do poder discricionário por parte do juiz porque ele defende que existem casos em que o juiz “cria” direito com o propósito de não ter que recorrer ao poder legislativo.

Dworkin no fundo pretende preservar a todo custo a figura positivista e liberal do juiz irresponsável; certamente, o juiz assume uma grave responsabilidade técnica, mas que se transforma em irresponsabilidade política desde o momento em que todos os aspectos de sua decisão lhe são dados por um Direito preexistente, que, no entanto, o estimula a superar as barreiras da normatividade para empenhar-se na defesa dos direitos morais instalados em algum lugar repartido entre o Direito e a moral.

A lição poderia resumir-se assim: é verdade que os juízes não se ajustam às normas escrupulosamente, mas isso não significa que atuem como órgãos políticos porque as fontes morais de onde obtêm os critérios para decidir formam parte do próprio Direito e, em todo caso, são alheias a suas crenças ideológicas subjetivas.

Em definitivo, a particular relação que estabelece Dworkin entre o Direito e a Moral gravita de modo fundamental na hora de focar o problema da discricionariedade. Se no Direito os casos difíceis impediriam manter a tese da unidade de solução justa, a não ser porque vem em nosso auxílio a moral, uma vez que ultrapassamos o umbral da moral nenhum caso parece ser difícil ou, ao menos, não tanto como para exigir o desenvolvimento da

⁶ SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **O conceito de Sistema Jurídico em Herbert Hart.** Boletim Conteúdo Jurídico ISSN – 1984-0454, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conceito-de-sistema-juridico-de-herbert-hart,45956.html>. Acesso: 02 out. 2018.

discricionariiedade; um sistema normativo vago e lacunoso (o Direito) parece assim converter-se em outro claro, completo e objetivo (a Moral).

A discussão sobre os limites da interpretação constitucional seja das Supremas Cortes (tais como a norte-americana e a brasileira), seja dos Tribunais Constitucionais (tais como os dos países europeus) tem levado os principais autores do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito a uma vasta produção bibliográfica.

Não é intuito desta dissertação reconstruir todo esse debate. Ao contrário, apresentarei apenas alguns elementos, a partir de autores que considero importantes, para que seja possível compreender as principais teses de cada uma das correntes apresentadas: ativismo judicial, autorrestrrição e direito como integridade.

E aqui um alerta será importante: nesse debate, normalmente os autores definem a postura de Ronald Dworkin como ativista, conclusão com a qual não compartilho. Mostrarei que a teoria defendida por Ronald Dworkin não pode ser taxada nem de liberal, nem de conservadora, já que para o direito como integridade esses rótulos não são importantes e não podem importar na atividade de construção do direito.

Convém ressaltar também que a discussão aqui travada está muito próxima do problema de se saber se um conjunto de juízes não eleitos pode anular uma decisão tomada pelos representantes eleitos do povo. É a famosa premissa contramajoritária. Essa proximidade se explica exatamente pelo fato de que o debate sobre os limites do controle de constitucionalidade acaba se espraiando para a questão sobre os limites da própria atividade interpretativa.

Entre os autores que julgam ser completamente equivocada a tarefa dos tribunais de dizerem a última palavra nas questões jurídicas, temos Carl Schmitt, na Alemanha, e, nos Estados Unidos da América, Jeremy Waldron e Mark Tushnet. O que os aproxima é apenas a crítica que fazem ao papel criativo dos tribunais, já que Carl Schmitt parte de uma premissa autoritária, enquanto Waldron e Tushnet pretendem defender a deliberação democrática de um governo de juízes.

Assim, os juízes não podem interferir no resultado, controlando apenas os procedimentos de discussão para a criação da lei. O que os juízes devem se perguntar, antes de declarar uma norma inconstitucional, é se o processo de deliberação pública para a criação da lei permitiu iguais condições de discussão e de participação para todos os afetados pela norma.

Os juízes, nessa perspectiva, não podem tomar decisões substantivas, invadindo o espaço de decisão do legislador e do próprio povo. E é a partir dessa perspectiva que Ely⁷ criticará as decisões da Suprema Corte que invadiram o espaço democrático de decisão do legislador, tal como a decisão *Roe X Wade*, de 1973, que declarou inconstitucional a proibição de alguns Estados de as mulheres fazerem aborto. Ora, de acordo com Ely, essa norma que impedia o aborto das mulheres não impedia o livre desenvolvimento do debate democrático, pois não impedia que as mulheres se reorganizassem e lutassem publicamente pelo fim da proibição. Portanto, quando a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade da norma, ela desrespeitou as condições procedimentais do debate democrático, avançando em um espaço de decisão do legislador e do povo, sendo, dessa forma, uma decisão questionável e ilegítima.

Mas apesar da perspectiva de Ely já pretender resolver o problema do suposto caráter antidemocrático do controle judicial de constitucionalidade e da própria atividade interpretativa dos juízes, uma questão fundamental permanece sem ser resolvida: será que é possível separar, como faz Ely, questões procedimentais de questões materiais, de conteúdo? Será que hoje podemos pensar forma sem conteúdo e vice-versa? Será que democracia significa apenas e tão somente a defesa das regras do jogo democrático, como acredita Ely?

Tentando responder a essas perguntas e rever as próprias concepções vigentes de democracia, para construir uma concepção adequada à complexidade das nossas sociedades é que Ronald Dworkin pretenderá harmonizar o controle de constitucionalidade com a democracia, em uma justificativa extremamente instigante do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Para se compreender adequadamente a teoria jurídica de Ronald Dworkin, é necessário se desfazer alguns equívocos da leitura brasileira majoritária sobre o autor norte-americano.

Ronald Dworkin é um autor complexo, já que adota a perspectiva de um ouriço, ou seja, tenta unificar, e com sucesso, as teorias jurídica, política e filosófico-moral em uma única grande teoria interdependente e coerente. A base dessa perspectiva é a tese da unidade e independência do valor e a possibilidade de se discutir sobre a verdade e erro nas teorias moral e jurídica.

Nesse sentido, muito se discutiu sobre qual teria sido a grande contribuição de Ronald Dworkin para a teoria jurídica. Para alguns autores, teria sido seu debate sobre a melhor

⁷ ELY, John Hart. *Democracy and distrust (a theory of judicial review)*. 14. ed. Cambridge: Harvard University, 2002.

compreensão do princípio do Estado de Direito. Já outros, como, por exemplo, no Brasil, Ronaldo Porto Macedo Júnior, defendem que a principal contribuição de Ronald Dworkin para a teoria do direito estaria em uma guinada metodológica.

Portanto, na medida em que o direito é uma questão de princípios, quando os magistrados ou advogados utilizam outros padrões que não estão contidos claramente em textos aprovados pelo Parlamento ou em decisões judiciais anteriores, isso não significa dizer que eles estejam decidindo ou raciocinando fora do direito. Pelo contrário.

Sempre é bom lembrar que a Democracia não se resume ao império da soberania popular. Ela também depende de que sejam assegurados os direitos fundamentais das minorias sem influência política. A legitimidade dos juízes, assim, não fica subjugada ao argumento de que uma decisão legislativa possa ser mais adequada do que uma decisão judicial. O ideal democrático da igualdade do poder político pode, sim, ser promovido com a transferência das decisões sobre direitos das legislaturas para os tribunais, não havendo qualquer contraste entre Democracia e Estado de Direito.

A prática jurídica mostra que os advogados, juízes e juristas em geral esforçam-se em demonstrar que a decisão tomada, apesar de não encontrar um texto explícito, é a que melhor interpreta a prática jurídica até aquele momento, lançando novas luzes para a continuidade desse projeto coletivo chamado direito. Isso porque, para Dworkin, o direito é um conceito eminentemente interpretativo. E é justamente por isso que o jusfilósofo demonstrará que existe uma única decisão correta para cada problema jurídico, revelando que o problema em se achar essa decisão não se centra em uma ponderação de princípios, tal como realizada por Alexy, mas, sim, em um trabalho árduo, hercúleo, de enfrentamento da questão, tentando visualizá-la a partir do maior número de ângulos possíveis, no intuito de se chegar à decisão correta, que, por estar vinculada àquele caso, e à reconstrução feita pelos interessados na discussão, é única, histórica e irrepetível.

Assim, raciocinar principiologicamente não significa ponderar princípios, no intuito de maximizar sua aplicação, utilizando-os na medida do possível em seu maior grau, até porque Dworkin se contrapõe a qualquer forma de utilitarismo ou raciocínio de meios a fins, mas assumir a complexidade do caso e se colocar na posição de cada um dos afetados, a partir de suas argumentações, pretendendo ver de que modo o direito pode ser justificado como a melhor prática argumentativa existente no momento:

Dessa forma, encarar o direito como uma questão de princípios leva a que façamos uma interpretação de toda a história institucional do direito para que ele possa ser interpretado à sua melhor luz. Assim, o juiz deve “escolher” o princípio adequado para regular as diversas situações concretas, descobrindo

os direitos dos cidadãos. O juiz, portanto, não possui discricionariedade, já que limitado pela argumentação das partes e pelo caso concreto reconstruído pelas mesmas. Além disso, os juízes devem convencer todos os afetados por sua decisão de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação que lhe foi colocada. Se existem regras, essas apenas surgem no momento da decisão, seja do administrador, seja do juiz, mas sempre como densificação dos princípios jurídicos existentes. E tais princípios se corporificam nos princípios da igualdade e da liberdade entendidos como tratar a todos com igual respeito e consideração.⁸

Mas, para que os princípios e o próprio direito possam ser levados a sério, Dworkin nos convida a ver a Constituição e o próprio direito como um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em comunidade. Essa é a ideia de integridade do direito. Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem tremendamente abstrata, para ser atualizada em cada momento histórico específico. E é justamente isso que Dworkin chama de leitura moral da Constituição.

E, de acordo com Dworkin, existirá sempre uma única decisão correta no direito, no sentido de mais adequada, mais justa, para regular as pretensões dos envolvidos no processo. E essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e concepções, tentando olhar todos os lados com igual respeito e consideração. Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o direito, não só atual, mas também a história institucional do direito, paciência e conhecimento sobre-humanos. Como esse juiz não existe na prática, Dworkin vai denominar seu juiz de Hércules.

Hércules gerou muitas críticas e mal-entendidos em relação à Teoria do Direito como Integridade. Contudo, essas críticas e mal-entendidos se devem muito mais a uma leitura equivocada, seja por má-fé ou por deficiência do intérprete, do que à própria teoria do autor norte-americano. Já na obra *O império do direito*, Ronald Dworkin tenta mostrar o que é Hércules:

⁸ ABOUD, Georges. Introdução à teoria e à filosofia do direito / Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira; prefácio: Nelson Nery Junior; posfácio: Lenio Luiz Streck. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 573 p.

Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de “direito natural”. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão. (DWORKIN, 2003)

2.1.4 A Obra de Dworkin e a análise da crítica

Feita em breve síntese a análise da Obra de Ronald Dworkin, é o momento de passarmos às críticas, principalmente no que se refere à tese da “única resposta correta”.

De um lado, a tentativa de imaginar que um sistema pode oferecer uma resposta para todo e qualquer caso jurídico, não raro, pode gerar uma estrutura fechada em si mesma e cega às diferentes interpretações, muito embora isso sequer seja imaginado por Dworkin.

De outro lado, afirmar que nunca haverá uma resposta correta, ou melhor, afirmar que os casos jurídicos aceitariam qualquer decisão, significa cair em um irracionalismo que não vê nenhuma saída que não seja a submissão a um estado de absoluta insegurança e incerteza.

E o direito é, essencialmente, contrário a isso, uma vez que tem como um de seus pressupostos a pretensão de ordenação, não obstante ela seja fatalmente limitada. Isso significa que, de algum modo, afirmar o irracionalismo implica numa negação do próprio direito. Logo, também essa postura deve ser evitada.

Em suma, o que podemos concluir, com tudo isso, é que a negação da “única resposta correta” não deve, necessariamente, remeter-nos à abdicação de buscas pela racionalização das decisões judiciais constitucionais. Ou seja, é possível – em verdade, necessário – falar de racionalidade decisória, embora sem deixar de reconhecer os seus limites.

Quanto a isso, uma aposta interessante parece estar no que se costuma chamar de racionalismo crítico, cujas premissas e conclusões são, como veremos, absolutamente relevantes para o Direito Constitucional.

Nesse sentido, ao contrário das outras ciências, a teoria formada pela ciência jurídica não se dá a partir de “fatos” sociais ou naturais, mas da interpretação de textos. Caberá ao juiz atuar como se estivesse desvendando um sentido prévio que já estava contido no texto que conferiu autoridade para a decisão. É sem dúvida o ponto que se insere o questionamento que tem ocupado filósofos e hermeneutas do direito sobre a possibilidade de intérpretes diferentes chegarem em casos similares a mesma decisão.

A tese de Dworkin é explícita em afirmar que *na maioria dos casos* as partes de um processo têm o direito de exigir uma resposta correta e, assim, que “as ocasiões em que uma questão não tem nenhuma resposta correta *em nosso sistema jurídico* podem ser muito mais raras do que geralmente se supõe” (DWORKIN, 2005, p. 176)

Não está claro exatamente quais razões autorizariam Dworkin a entender que dois sistemas jurídicos diferentes teriam diferentes possibilidades ontológicas de se alcançar uma única resposta correta.

Concordo com Casamiglia (2002) quando afirma que a diferença pode estar no papel atribuído aos princípios. Pois, estando o juiz diante de um caso difícil (*hard case*) em que não haja uma norma concreta a ser aplicada, sempre lhe será possível aplicar os princípios de determinado sistema jurídico. Assim, sendo os princípios verdadeiras normas, conhecidas pela comunidade política, não se pode alegar que a decisão tenha sido discricionariamente estabelecida a partir da consciência do intérprete.

Antes de analisar criticamente os fundamentos apresentados da tese da resposta correta é importante ressaltar que, para Dworkin, a teoria do direito ao tempo que tem a função de reduzir a incerteza do direito, se constitui de um aspecto descritivo e outro prescritivo, o que talvez explique o fato de sua obra terminar por encaminhar ao juiz o dever de buscar a resposta correta.

De toda forma, considero que a tese de Dworkin ora está equivocada nos argumentos com que defende a existência de uma resposta correta em direito, ora não se aplica à realidade jurídica brasileira.

Em primeiro lugar, de fato, as características do sistema jurídico influenciam na sua disposição a emitir respostas *padronizadas*, sobretudo, se como dito, existe uma cultura dos juristas de obediência às decisões anteriores. Ocorre que decisões uniformes não significam necessariamente decisões corretas. Estas remetem à questão de conteúdo, isto é, da correspondência entre a disposição da decisão do juiz (posterior) e a decisão do legislador (anterior).

Dito de outra maneira, o fato dos cidadãos serem tratados com idêntica consideração e respeito não quer dizer que estejam necessariamente sendo obedecidos, por exemplo, os preceitos constitucionais, os quais sequer possuem um conteúdo totalmente definido anterior à própria decisão do judiciário.

Em segundo lugar, suscitar a saída da discricionariedade a partir dos princípios só soluciona o problema se o entendermos como uma questão teórica e não prática.

A discricionariedade é, sobretudo, um problema de anterioridade da lei, portanto, de permitir que uma pessoa sofra uma consequência jurídica por uma decisão tomada posteriormente ao seu ato ou omissão. Os princípios até podem ser considerados normas, mas seu conteúdo – bem mais do que as regras – necessita ser concretizado por uma decisão do judiciário, o que pode ser explicado pela sua alta carga de generalidade e de apelo a valores morais.

Não há uma uniformidade no próprio entendimento do que sejam os princípios. Não por acaso, Warat (1995, p. 18-9) afirmava que eles permitem no processo de interpretação a redefinição das palavras da lei de maneira indireta. Não é razoável, assim, alegar que os princípios solucionam efetivamente o problema da discricionariedade.

Por fim, resta considerar se a teoria jurídica oferece razões aos juristas que lhes permitiriam decidir de maneira certa. Como dito, para Dworkin (2012, p. 435) essa é uma questão da resposta correta está de acordo com “a teoria jurídica *que justifique melhor* o direito estabelecido”. Ocorre que não existe uma definição a priori de qual seja especificamente a melhor teoria dentre as disponíveis, pois não há acordo quanto o próprio critério de saber qual justifica melhor o direito estabelecido, nada levando a crer que o critério de “redução da incerteza” seja racionalmente melhor do que o de “promoção da justiça social”

Diante desses argumentos é inevitável, num âmbito descritivo, asseverar que não existe resposta correta em Direito. Contudo, assumir essa perspectiva nas práticas jurídicas representa politicamente conferir aos juízes mais liberdade do que dispõe o próprio legislador, pois até mesmo a concretização de direitos e garantias históricos, institucionalizados na Constituição, estariam sujeitos às suas consciências solipsistas.

Tal assertiva não retira a importância do tema pois, no julgamento de determinado caso, à medida que as partes argumentam em vista a uma decisão correta, elas podem ao menos eliminar os “piores” argumentos, o que não seria possível se se creditasse ao juiz a possibilidade de decidir discricionariamente. A mesma vantagem teórica pode ser percebida no campo da ciência jurídica por permitir a ampliação do conhecimento através do estímulo ao confronto de ideias.

A segurança do critério de verdade é uma ilusão. Uma ilusão altamente funcional, mas que, para tanto, deve ser compreendida pelos juristas como tal. Não basta, dessa forma, acreditar na resposta correta, como já faz parcela significativa da comunidade jurídica, sem a devida compreensão de que se trata de ideia reguladora, sob pena de estimular o outro lado do mesmo problema, o dogmatismo: um conjunto de crenças que estereotipam as propriedades da lei, alienando os juristas do seu papel na concretização do direito. Exemplo do dogmatismo quanto

à resposta correta é a crença, presente no senso comum teórico dos juristas, de que o juiz é um técnico neutro na aplicação da verdade contida na lei no caso concreto.

Esse dogmatismo resulta, tanto quanto uma perspectiva relativista, na legitimação da discricionariedade do juiz, pois lhe permite elevar posicionamentos determinados ao status de cânones, ao invés de submetê-los à crítica intersubjetiva.

Dessa forma, entendendo a resposta correta como ideia reguladora, podemos fazer dela elemento importante de uma perspectiva do Direito que conceba o seu papel de institucionalizar as expectativas, no contexto brasileiro em que existe uma Constituição garantidora de direitos.

Ademais para Robert Alexy⁹ apenas uma teoria forte de princípios seria capaz de determinar a priori todas as relações entre normas em todas as possíveis situações de aplicação, para uma sustentação da tese da única resposta correta. Para ele, ainda, a plausibilidade da única decisão correta requereria um consenso, uma concordância numa dada situação de tempo e lugar.

A questão da única resposta correta depende essencialmente de se o discurso prático leva essencialmente a uma única resposta correta para cada caso. Levaria a ela se a sua aplicação garantisse sempre um consenso. Um simples esboço já mostra claramente que várias de suas exigências, sob condições reais, só de podem cumprir de maneira aproximada (ALEXY, 1998).

Alexy, no entanto, acredita que Dworkin, ao tão somente distinguir regras e princípios, não se utilizou dos meios suficientes, pois uma teoria dos princípios por si só não tem condições de sustentar a tese da única resposta correta. Ele busca, então, mostrar defeitos da teoria dos princípios através de uma teoria da argumentação jurídica orientada de acordo com o conceito de razão prática, aproximando-se da ideia do consenso alcançado por meio de argumentações.

Não obstante essas divergências, Alexy em muito aproveitou a teoria desenvolvida por Dworkin, focando nos princípios e nas tensões existentes entre eles no momento da aplicação.

É possível melhor compreender seus pensamentos acerca da ponderação por meio de suas próprias palavras:

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em

⁹ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián, 1988. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>

sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro” (ALEXY, 2005, pág. 339-340).

Robert Alexy acredita que, diante de um aparente conflito entre dois princípios, se mesmo após uma análise deles com base na idoneidade, a norma que limita um princípio só pode ser constitucional se favorecer outro, e na necessidade, deve-se analisar se a norma que favorece um princípio é, por outro lado, limitadora de outro princípio, mostra-se ainda inviável a determinação de qual deles prevalece, deve-se proceder a uma ponderação: determinar-se-á o princípio a ser protegido no caso concreto. Essa técnica representa a aplicação do princípio da proporcionalidade, mais especificamente do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

2.2 VISÃO DWORKINIANA SOBRE O ABORTO

Após apresentação breve da Teoria da Decisão Judicial de Dworkin, propõe-se uma análise de como aqueles argumentos podem ajudar a entender o problema do aborto e a questão da sua descriminalização no contexto da jurisdição constitucional brasileira, considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) referente ao *Habeas Corpus* nº 124.306.

Trata-se, em verdade, de um segundo tópico que tem por escopo produzir reforços argumentativos para possíveis críticas, quer do texto de Dworkin, quer, principalmente, daquela decisão da Suprema Corte brasileira.

2.2.1 Direitos não enumerados no texto de Dworkin

O tópico auxiliar parte da análise do artigo de Ronald Dworkin, intitulado *Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled*.¹⁰ Após a análise do artigo foi possível antever que se trata de obra de transição, pois está entre as seguintes obras: de um lado, *Taking rights seriously*, de 1977,¹¹ *A matter of principle*, de 1985,¹² e *Law's*

¹⁰ DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992..

¹¹ Idem.. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

¹² Idem.. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.

empire, de 1986;¹³ do outro lado, *Life's dominion*, de 1993,¹⁴ *Freedom's Law*, de 1996,¹⁵ e *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*, de 2000.¹⁶

Dworkin adentra especificamente no tópico da distinção entre direitos enumerados e não enumerados. Para ele, a discussão sobre esse tema seria também mal compreendida por questões semânticas. Para ele os juízes têm poder apenas para fazer cumprir os direitos efetivamente enumerados.

Nesse caso, entende Dworkin, eles devem enfrentar uma importante objeção: a de que, uma vez concedendo aos juízes o poder de fazer cumprir direitos não enumerados, perde-se a esperança de limitação do Poder Judiciário, uma vez que o direito produzido pelos juízes seria suspeito se não possui nenhuma raiz cognoscível nas palavras da Constituição. Esse seria o argumento para o Juiz White, da Suprema Corte, afirmar, no caso *Bowers v. Hardwick*¹⁷, a impossibilidade de se reconhecer o direito à relação homossexual.

Para o jusfilósofo, no entanto, a distinção não faz qualquer sentido, porque confunde “referência semântica” e interpretação. Qualquer intérprete, para ele, deve aceitar certas restrições, as quais produzem interpretações melhores ou piores, sendo uma dessas restrições a coerência. Os juízes devem fazer o seu melhor para construir, de geração em geração, o esqueleto das liberdades e igualdades que as cláusulas da *Bill of Rights* demandam.

Nesse contexto, surge a integridade do direito, em três dimensões:

- i. A decisão judicial é uma questão de princípio;

¹³ Idem.. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

¹⁴ Idem. *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Knopf, 1993.

¹⁵ Idem. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

¹⁶ Idem.. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

¹⁷ *Bowers v. Hardwick* (1986), em que Michael Hardwick foi preso, em quarto de hotel, por manter relação sexual com pessoa do mesmo sexo. A Suprema Corte, numa decisão por 5 a 4, julgou válida a lei estadual, fixando a exegese de que as conclusões do Tribunal relacionadas à intimidade sempre estiveram vinculadas a assuntos afetos à família e à procriação, e atividade homossexual não se encaixava no contexto desses direitos. in A Suprema Corte dos Estados Unidos e o direito à intimidade. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/a-suprema-corte-dos-estados-unidos-e-o-direito-a-intimidade/#sdfootnote15sym>

- ii. A integridade possui uma verticalidade, vale dizer, o juiz, para dizer que um direito é fundamental, deve fazer isso de modo consistente com a gama de precedentes e com a disciplina constitucional; e
- iii. A integridade possui uma horizontalidade, vale dizer, o juiz, ao adotar um princípio em um caso, deve lhe dar peso nos outros casos que decide.

2.2.2 O Aborto em Dworkin

No lugar da discussão sobre direitos enumerados e não enumerados, o autor ora estudado escolhe o tema do aborto para discutir o papel da integridade na interpretação.

Parte-se do pressuposto de que a mulher tem um direito, amparado constitucionalmente, de dispor livremente de seu próprio corpo. Isso significaria, por consequência, que uma grávida deve ter o direito ao aborto, ressalvada a hipótese de o Estado ter alguma razão legítima e importante para o proibir.

Para tanto, cita-se a postura da Corte quando do julgamento *Roe v. Wade*¹⁸, relativo ao direito das mulheres realizarem o aborto sob a ótica do direito à privacidade, tendo em vista que a decisão elaborou um complexo de regras contidas no sistema trimestral.

Para o autor exist
acreditar necessário proibir o aborto:

- i) Uma exigência derivada, a qual pressupõe que o feto possui direitos e interesses;
- e

Uma exigência singular, a qual pressupõe a existência de um valor intrínseco à vida humana.

¹⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Petition for the Writ of Certiorari. Roe v. Wade*. 410 U.S. 113 / 1973. *Jane Roe, et al., v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*. Opinião Majoritária: Harry Blackmun. Washington, District of Columbia. Julgado em 22 jan. 1973; É necessário postular que, antes de a Suprema Corte decidir *Roe*, praticamente todos os estados americanos consideravam o aborto como uma prática ilegal. Todas as leis que limitavam a prática do aborto foram consideradas inconstitucionais e o serviço do aborto tornou-se acessível para as mulheres em todo o país. A decisão foi tomada pela Suprema Corte como reflexo do auge do movimento feminista dos EUA e das lutas pelos direitos civis. Nesse quadro de emancipação, *Roe* transformou-se no pilar do movimento feminista, projetando-se desde a década de sessenta como uma força política capaz de expressar as transformações morais decorrentes da crise do capitalismo.

Em sua obra são dedicados dois tópicos sobre os fetos: o primeiro para responder se os fetos seriam “pessoas constitucionais” e o segundo para responder se os fetos teriam interesses. Ambos os tópicos dizem respeito, pois, ao que entende por “exigências derivadas”.

Sobre se os fetos seriam ou não pessoas constitucionais, Dworkin entende que a Suprema Corte, no caso *Roe v. Wade*, respondeu à questão da única maneira possível: a Constituição norte-americana não declara o feto como uma pessoa constitucional cujos direitos podem competir com os direitos de uma mulher grávida. Para o autor reconhecer novas pessoas constitucionais significaria diminuir direitos constitucionais de pessoas constitucionais já reconhecidas. Não sendo os fetos pessoas constitucionais, de acordo com o arranjo constitucional nacional, os Estados não poderiam passar por cima desse arranjo, declarando que os fetos possuem direitos que competem com os direitos da mulher grávida.

Em relação ao segundo tópico, independentemente de serem considerados pessoas constitucionais, o Estado pode proteger os interesses de não pessoas. Porém, essa proteção, mais uma vez, não poderia justificar a redução de direitos constitucionais. Além disso, um feto não teria interesses antes do terceiro trimestre. Sendo um dilema moral, acrescenta, mesmo aqueles que consideram a vida um valor intrínseco viveriam em constantes debates sobre as circunstâncias nas quais o aborto poderia ser permitido: estupro, incesto, deformidade, casos em que o nascimento teria um profundo impacto negativo à vida da mãe.

A questão, do ponto de vista do Direito Constitucional, seria então saber se os Estados poderiam legitimamente proteger esse valor intrínseco, não por uma “exigência derivada” de direitos, mas por uma “exigência singular”, relacionada ao valor da vida humana.

A questão do aborto possui importância distinta de outras por três razões principais: primeira, pelo impacto que gera a algumas pessoas, especialmente na vida da mãe, acaso tenha uma criança que não c valor intrínseco da vida e o que esse respeito importa para o caso do aborto; e terceira, nossas convicções sobre o valor intrínseco da vida têm menos relação com esse valor em si do que com a nossa própria personalidade moral, o que ganha evidência na vida de pessoas religiosas.

Para Dworkin, na questão do valor intrínseco da vida, o princípio da privacidade seria plenamente aplicável, porque as decisões éticas são conectadas a esse princípio, de tal modo que as decisões sobre procriação ensejariam falar em um princípio distinto, que seria o da autonomia procriativa. O autor parece inclinado a uma medida menos objetiva do que aquela estabelecida no caso *Roe*. No lugar da trimestralidade, adere a um esquema subjetivo, no sentido de investigar se houve tempo hábil para a gestante decidir.

2.2.3 *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ: A decisão e seus fundamentos

O texto de Dworkin citado amplamente, reavivou-se no julgamento do HC nº 124.306 pelo Supremo Tribunal Federal, finalizado em 29.11.2016, tendo sua decisão sido publicada em 17.3.2017. Com a publicação da decisão, pode-se, assim, analisar o seu real teor, do qual surgiu o exercício proposto neste trabalho, que é aquele de apresentar o texto de Dworkin como um reforço argumentativo para o entendimento e análise da decisão de nosso Tribunal.

À luz do que restou decidido, trazemos à apreciação a ementa do julgado:

Ementa: Direito Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício.

1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.

2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o

Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (*Habeas Corpus* 124.306/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Luis Roberto Barroso, julgado em 29/11/2016. Info 849).

Na decisão da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 124306/RJ, mencionou-se a possibilidade de que a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação também não seria crime quando provocado pela própria gestante (CP, Art. 124) ou com o seu consentimento (CP, Art. 126).

Inicialmente, é de se salientar, a questão do aborto não é nova no Supremo, tendo sido objeto de intensos debates, especialmente quando do julgamento da ADPF nº 54, em 12.4.2012. Porém, o caso em análise guarda relevante peculiaridade que lhe faz merecer uma reflexão à parte, vale dizer, trata-se da interrupção da gravidez de um feto de saúde normal.

O *habeas corpus* ora analisado surgiu da prisão em flagrante de dois denunciados pela prática dos crimes de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) e de provocar o aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal). Inicialmente, o juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ havia deferido a liberdade provisória aos pacientes, o que foi objeto de recurso pelo Ministério Público.

Provido o recurso pelo Tribunal de Justiça daquele estado, foram expedidos mandados de prisão contra ambos. A defesa dos denunciados, então, impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual não foi conhecido, por questão processual, pela Sexta Turma daquele Tribunal. Contra essa decisão é que a defesa impetrou o *habeas* aqui analisado, dessa vez perante o Supremo Tribunal Federal, o qual, autuado sob o nº 124.306, foi distribuído à relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Em juízo liminar, o relator, em 8.12.2014, deferiu a medida cautelar aos pacientes, posteriormente em 27.6.2015 a estendendo para os demais corréus. Levando o caso a julgamento na Primeira Turma do STF, em 9.8.2016, votou pelo conhecimento do remédio e pela concessão da ordem, sob um fundamento de caráter processual, qual seja o de não se poder realizar custódia preventiva automática da prisão em flagrante, sem juízo de culpa, somado ao

fato de não estarem presentes, em sua avaliação, requisitos para a prisão preventiva. Nessa ocasião, o presidente da Turma, Ministro Roberto Barroso, pediu vista dos autos, devolvendo o caso à apreciação da Corte quando, em 29.11.2016, apresentou seu voto.

O julgamento tornou-se paradigmático exatamente quando da apresentação desse voto-vista. Isso porque, concordando com a ausência dos requisitos da prisão preventiva constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, o Ministro Roberto Barroso foi além desse plano processual para fundamentar o caso em razões substantivas, relacionadas ao seu entendimento sobre a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre da gravidez.

Segundo o Ministro Roberto Barroso, para que determinada tipificação penal seja compatível com a Constituição, exigem-se como requisitos:

- i) O tipo penal deverá proteger bem jurídico relevante;
- ii) A conduta incriminada não deve constituir exercício de Direito Fundamental reconhecido;
- iii) Deve haver proporcionalidade entre a reação punitiva Estatal e a conduta incriminada.

Isso equivale a dizer que, faltando quaisquer dos requisitos, o tipo penal deverá ser declarado inconstitucional. Nesse contexto, a conduta de praticar aborto com o consentimento da gestante no primeiro trimestre da gravidez não pode ser punida como crime porque não preenchidos o segundo e o terceiro itens acima mencionados.

Com base no referido *decisum*, a criminalização da interrupção voluntária da gestação ofende direitos fundamentais da mulher. Na referida decisão, a criminalização viola a autonomia da mulher, vale dizer, seu poder de dispor do próprio corpo e de fazer as escolhas a ele relacionadas, estando aí incluído o direito de cessar uma gravidez:

A criminalização viola, em primeiro lugar, a autonomia da mulher, que corresponde ao núcleo essencial da liberdade individual, protegida pelo princípio da dignidade humana (CF/1988, art. 1º, III). A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir”.¹⁹

¹⁹ MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO. HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

Em suma, um dos aspectos centrais da autonomia seria poder controlar o próprio corpo e de tomar decisões a ele relacionadas, inclusive de deliberar sobre cessar ou não uma gravidez.

Exemplo na legislação comparada é a Lei italiana n. 194, de 22 de maio de 1978, que evidencia, como centro da discussão sobre o aborto, o direito à autonomia procriativa, devendo o Estado italiano garantir o direito à procriação responsável.

2.2.3.1 *Violação do Direito à integridade física e psíquica*

Decorre da imposição Estatal à mulher para que assuma uma obrigação para toda a vida, contra a própria vontade, que exige renúncia, dedicação e comprometimento:

Em segundo lugar, a criminalização afeta a integridade física e psíquica da mulher. O direito à integridade psicofísica (CF/1988, art. 5º, caput e III) protege os indivíduos contra interferências indevidas e lesões aos seus corpos e mentes, relacionando-se, ainda, ao direito à saúde e à segurança. A integridade física é abalada porque é o corpo da mulher que sofrerá as transformações, riscos e consequências da gestação. Aquilo que pode ser uma bênção quando se cuide de uma gravidez desejada, transmuda-se em tormento quando indesejada. A integridade psíquica, por sua vez, é afetada pela assunção de uma obrigação para toda a vida, exigindo renúncia, dedicação e comprometimento profundo com outro ser.²⁰

Temos ainda:

Defender a descriminalização do aborto é lutar por um projeto de sociedade equânime nas relações de gênero, tendo a equidade como princípio e diretriz para que as diferenças possam ser convividas e vivenciadas dentro do mesmo. Ao negar a subsunção das mulheres à maternidade e, afirmando que elas podem ser mulheres na sua integralidade sem ter filhos e dissociando sexualidade com reprodução, constrói-se a ancoragem necessária para tratar do aborto no âmbito dos direitos humanos e dos direitos reprodutivos e sexuais. Admitindo-se a dignidade humana e os direitos fundamentais da mulher, considerando-se que a vida do feto, em geral, deve ser protegida e reconhecendo que a educação na área da sexualidade e da reprodução humana é comprovadamente a única política pública que apresenta resultados satisfatórios na redução da incidência do aborto, conclui-se que qualquer legislação que vise a diminuir a realização de abortamentos, deve ser preventiva e não punitiva²¹.

²⁰ MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO. HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>

²¹ PIMENTEL, Sílvia; VILLELA, Wilza. Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil, cit., p. 20. In RODRIGUES, Renata de Lima. análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. Revista

Diante disso, percebe-se que por mais que a legislação criminalize o aborto, ela não é eficaz na prevenção e na repressão da sua prática clandestina, já que isso ocorre em larga escala e expõe a vida de milhares de mulheres em risco, principalmente, as de baixa renda.

2.2.3.2 *Violação à igualdade de Gênero*

Parte do pressuposto de que a sexualidade feminina ainda é fonte de tabus e para que seja conferida a isonomia no que se refere ao homem, há que se dar possibilidade de decidir acerca da manutenção da gestação. “Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta”. (Min, Ayres Britto, na ADPF 54-MC, j. 20/10/2004).

Embora pareça sedutora a tese do Ministro Luís Roberto Barroso de que o aborto no primeiro trimestre da gestação não deva ser tipificado como crime não cremos na seara judicial como adequada do ponto de vista democrático, pois assim ocorrendo haverá verdadeira violação ao Princípio da Separação dos Poderes em perigoso ativismo judicial.

A decisão no multicitado *habeas corpus*, embora não expressamente, traz em seu bojo alteração recente na legislação Uruguaia, que modificou sua legislação sobre aborto para descriminalizá-lo no primeiro trimestre da gestação, representando algo praticamente inédito no contexto da América Latina.

Assim, cidadãs uruguaias, que queiram por fim à gravidez nesse período serão submetidas a um comitê formado por ginecologistas, psicólogos e assistentes sociais, que lhe informarão sobre riscos e alternativas ao aborto. Caso persistam no intento, poderão realizá-lo imediatamente em centros de saúde sob controle estatal.

2.2.3.3 *Violação ao Princípio da Proporcionalidade*

A priori, pode-se mencionar que o referido princípio possui três máximas parciais, quais sejam:

- i) Adequação: Nesta, é analisado se a medida adotada é capaz de atingir o fim almejado;
- ii) Necessidade: Em um rol de medidas adequadas, devem-se adotar aquelas que menos onerem os direitos fundamentais. Ou nas linhas ainda mais simples de Paulo Bonavides, citando Xavier Philippe, o exame da necessidade poder ser ilustrado pela seguinte máxima: “de dois males, faz-se mister escolher o menor”²²
- iii) Esta terceira máxima parcial da proporcionalidade estabelece a regra de que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a importância da satisfação do outro”²³

Conforme demonstrado, para a primeira turma do STF, a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição dos direitos fundamentais das mulheres. De outra banda, a criminalização do aborto não promove a sua redução. Assim, a consequência lógica é que não há proporcionalidade em sentido estrito em se manter a punição do aborto.

Como afirmado anteriormente, a decisão não foi emanada do Pleno do STF, mas consistiu em indicativo muito claro de como a Corte decidiria caso fosse provocada nesse sentido específico, vez que o voto do Ministro Roberto Barroso fora acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

A ideia central da decisão é a ponderação entre o bem jurídico “vida intrauterina” e “direitos fundamentais da mulher”, a qual é realizada em nome do princípio da ponderação. Contudo, para os críticos do precedente, a proporcionalidade não é um princípio, mas uma máxima utilizada quando ocorre colisão entre princípios. Assim, a aplicação de um princípio da proporcionalidade, na visão deles, careceria de argumentação racional e adequada, reduzindo o discurso estabelecido no *habeas corpus* 124306/RJ a um “juízo ideológico-pessoal”.

2.2.3.4 *Dados da ineficácia da tutela penal*

22 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 397.

23 ALEXY, Robert. Teoria dos Direito Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593. Ou nas palavras de Bernal Pulido, “a importância da intervenção no direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido”. (BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 763).

Nesse momento, é oportuna a pergunta: Seria possível tutelar a autonomia reprodutiva daqueles que não desejam ter filhos e, que, para tanto, precisariam ou desejariam se valer de um aborto? Em termos médicos encontramos que:

A esfera da autonomia reprodutiva ou dos direitos reprodutivos abarca também o acesso a informações sobre planejamento familiar, a métodos contraceptivos, a cuidados médicos pré-natais e o direito de abortar. Como se sabe, o acesso a esses serviços que promovem a efetivação da autonomia reprodutiva é muito mais satisfatório em alguns países do que em outros. Segundo algumas perspectivas, os direitos reprodutivos compreendem não apenas o direito de não ter filhos (um direito negativo que consiste na obrigação do Estado de evitar que haja interferências nas decisões reprodutivas do indivíduo) como também o direito de ter filhos, um direito positivo que implicaria na obrigação do Estado de ajudar os indivíduos com problemas de fertilidades. A afirmação da autonomia reprodutiva nesse momento do texto afirma apenas que os indivíduos têm o direito de não ter filhos caso assim o desejem. (TÄNNSJÖ, 2008, p. 804)

O aborto eletivo, no primeiro trimestre de gestação, não viola a dignidade humana, já que neste período o feto não tem ainda desenvolvido seu sistema nervoso central, não havendo violação ao denominado direito fundamental de não sentir dor, privilegiando-se a paternidade responsável.

O STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, entendeu que o embrião, fruto da fertilização *in vitro* nas clínicas de reprodução assistida, não recebe a mesma condição de pessoa humana em formação estendida ao embrião fertilizado em útero, cujo desenvolvimento não pode ser obstado por meios externos. A diferença entre este e aquele reside na possibilidade de desenvolvimento do encéfalo, parâmetro do término da vida humana e, por consequência, de seu início. A partir desta premissa – a de que a formação do cérebro determina o início da vida humana juridicamente protegida –, entendeu se, na ADPF nº 54-8/DF, que o feto que padece de anencefalia não pode merecer a mesma proteção estendida aos demais fetos, nos quais esta ocorre sem sobressaltos” (SILVA, 2014, p. 30-31).

Assim, entende-se que não existem direitos absolutos, podendo haver a relativização até mesmo do direito à vida, contudo, o *locus* adequado é o Poder Legislativo, com o apoio da moral e da política, sob pena de restar configurado ativismo judicial ameaçador da Separação de Poderes.

Se existe Ativismo Judicial no HC 124.306/RJ, isso decorre da omissão do legislador no desafio de tratar adequadamente um problema de enorme relevância social e de saúde pública, como o Aborto.

Bickel²⁴, sustenta que em 1973 em meio a diversas leis sobre o aborto, o Tribunal Constitucional Americano decidiu ele mesmo elaborar a própria norma.

Decidiu que:

- i) Nos três primeiros meses, não há crime;
- ii) Nos três meses seguintes o Estado poderá impor regulamentações de saúde, mas não vedar o aborto;
- iii) Nos últimos três meses, o Estado pode, se assim o desejar, tanto vedar como regulamentar o aborto.

Com base na Norma criada pela referida Corte, Bickel se pergunta:

- i) Por que o Tribunal impediu a regulamentação, pelos Estados, dos locais onde o aborto deve ser feito?
- ii) Qual a Justificativa para imposição da referida norma?

Essa decisão, no Célebre caso *Roe x Wade*, representou verdadeira derrota política e vitória jurídica, já que interrompeu um longo processo de construção política na própria sociedade, a qual demorou a conferir efetividade à decisão judicial.

Com efeito, a referida decisão da Suprema Corte Norte americana, após mais de vinte anos, ainda sofre de grande rejeição social. Tal exposição está a demonstrar como o Ativismo Judicial pode causar efeitos negativos duradouros no seio da sociedade.

2.2.4 Análise e crítica da decisão do STF à luz da Teoria Dworkiniana

Realizada uma análise do texto acima referido de autoria de Dworkin e dos principais argumentos no julgamento do STF no HC nº 124.306, será feita uma reflexão, apontando duas diferentes perspectivas de interpretação. Inicialmente, será levantada a hipótese sobre o que se poderia esperar na questão da descriminalização do aborto do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no exercício de sua competência para controlar a constitucionalidade das leis abstratamente; e, posteriormente, sobre o que se poderia esperar do Poder Judiciário no

24.BICKEL, Alexander M. *A Ética do Consentimento*. Tradução de Waltensir Dutra. Ed. Agir: Rio de Janeiro, 1978.

exercício de sua competência para controlar a constitucionalidade das leis no caso da descriminalização do aborto.

2.2.4.1 *Descriminalização do aborto: o que esperar do Poder Judiciário e do Poder Legislativo?*

Analisando os argumentos apresentados no texto de Dworkin e o voto do Ministro Barroso acima citados, percebe-se, quer para a função legislativa, quer para a jurisdicional, uma diretriz defensável no sentido de sustentar uma interpretação da lei penal para a qual o aborto, sob certas circunstâncias, pode ser descriminalizado sem que isso represente ofensa à Constituição.

Para Dworkin, e como pontuou o ministro, costuma haver “lares textuais” suficientes no esqueleto de liberdades e igualdades das Constituições democráticas consagradoras de direitos fundamentais, dos quais se possa extrair um direito à autonomia procriativa que impede uma criminalização do aborto.

O texto fornece alguns bons argumentos que ajudam a pensar a descriminalização do aborto também no direito brasileiro, os quais, analisados um a um, parecem subsidiar, no mérito, a decisão do STF no HC nº 124.306.

Vale, assim, pontuar sinteticamente aqueles argumentos pensando-os na perspectiva brasileira.

Inicialmente, tem-se o argumento da distinção entre direitos enumerados e não enumerados e, com ele, a questão do “lar textual” da autonomia procriativa em nossa Constituição. Trata-se de uma distinção que nos parece relevante também no Brasil, conquanto ela represente uma restrição ao poder dos juízes, impedindo a discricionariedade judicial.

Há ainda o argumento da distinção entre exigência derivada e singular. Ora, como bem apontado por Dworkin, havendo controvérsia quanto ao conceito de vida, tanto em sentido jurídico como biológico, é legítimo que haja controvérsia, também, sobre as limitações do Estado em criminalizar o aborto nos primeiros meses de gravidez, considerando o que se pode entender como “preocupações governamentais legítimas”.

Ademais, questão da integridade do direito rejeita a problemática da existência ou não de discricionariedade judicial com base na própria leitura moral da Constituição. Há, por assim

dizer, uma ampliação das possibilidades de atuação do poder judicial sem que tal perspectiva implique usurpação das funções legislativas. Em suma, a própria abertura do texto constitucional traz novas possibilidades interpretativas com base em princípios eleitos pelo povo.

Por isso, mais forte que todos os argumentos de Dworkin sobre o aborto, é o argumento sobre a integridade do direito, conquistável por um procedimento no qual se busca a consistência argumentativa dentro do arranjo constitucional. A necessidade de coerência é pensada sobre os seguintes aspectos:

- i. A decisão judicial envolve uma questão de princípio;
- ii. A decisão judicial envolve uma consideração sobre a atividade pretérita dos Tribunais e das leis; e
- iii. A decisão judicial envolve uma consideração sobre a atividade pretérita dos próprios juízes.

Assim como não se pode sonegar irrefletidamente o direito à autonomia procriativa, também o Estado-Juiz não pode, na defesa do propósito legítimo da autonomia procriativa, realizar o propósito ilegítimo da coerção, tomando liberdades decisórias sobre o valor intrínseco da vida sem uma profunda reflexão com o pronunciamento de todos os intérpretes responsáveis pela defesa da Constituição.

Analisado o multicitado texto do Dworkin, é possível apontar que no julgamento do HC nº 124.306 houve falha não pelos argumentos apresentados, mas pela ausência de integridade exigida aos precedentes do STF. Refere-se aqui ao fato de tema tão relevante ter sido tratado pelo órgão fracionário, em controle incidental de constitucionalidade.

Nesse enfoque é de se destacar que enfraquecer uma regra em favor de um princípio exige uma evidência de inconstitucionalidade que os juízos cognitivos incidentais não possuem. Coloca-se aqui, portanto, o problema apontado por Dworkin sobre o revisionismo constitucional, em que este considera que a Constituição possui uma lista antiquada de questões que poderiam ser substituídas por outras bases interpretativas.

Assim, a decisão do Supremo acaba por investir os juízes em uma crença de que, ao declarar inconstitucionais tipos penais, estão avivando seus misteres constitucionais. O problema é que, ao assim procederem, estão apenas gerando insegurança jurídica.

E, por último, existe a regra do art. 97 da Constituição Federal, que impede a declaração de inconstitucionalidade por órgãos fracionários de Tribunal. Ademais, no controle incidental, a discussão sobre um tema tão relevante não se faz com a mesma complexidade. Foi vilipendiada a integridade do direito, nesse sentido, em razão da ausência de coerência já que a interpretação mostrou-se alheia aos argumentos da própria Corte na ADPF n° 54 e da comunidade.

Acrescente-se que a questão da descriminalização não foi aventada pela defesa dos pacientes no *habeas corpus*, e que ela foi lançada em um recurso o qual, a rigor, sequer foi conhecido. Se descriminalizar o tipo penal é a opinião de um ministro sobre o tema, parece-nos que ela, no máximo, deveria aparecer em *obiter dictum* da decisão incidental.

Nesse sentido, a grande preocupação do Professor Lênio Streck, entre outros, é a utilização da Jurisdição Constitucional de modo a comprometer o Ordenamento Jurídico:

Porém, pelos motivos amplamente expostos acima, estamos convictos que não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser levada a efeito. Em nome do direito não podemos fragilizar o direito. Não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição (aliás, no caso, a Constituição aponta para outro sentido)²⁵.

Por outro lado, tal postura do Ministro Barroso no *habeas corpus* 124306/RJ não parece ter sido exercida conscientemente, se considerarmos o seguinte trecho de artigo de sua autoria.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia²⁶.

25. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 83.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, Ed. n° 4, jan/fev- 2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

2.2.4.2 *Ronald Dworkin e o combate à discricionariedade do juiz*

Ronald Dworkin, como afirmado linhas atrás, investe contra o positivismo justamente por propiciar ao juiz uma discricionariedade que, segundo ele, o magistrado não detém. Mesmo nos chamados “casos difíceis”, em que haveria lacunas na lei, o juiz, ao contrário do que pensa Hart, não poderia decidir de forma discricionária.

Não se pode classificá-lo simplesmente como um jusnaturalista, pois os princípios de moralidade que ele considera integrar o direito não derivariam de leis naturais, mas do desenvolvimento histórico e institucional. Para ele a discricionariedade do juiz não existe, mesmo nos casos de lacunas, havendo sempre uma “única resposta correta” para o caso concreto em julgamento. O direito sempre preexiste à decisão judicial e nunca deve ser criado pelo juiz.

Com base no exposto, pode-se vislumbrar que o STF vem desenvolvendo uma verdadeira mutação constitucional em nossa ordem jurídica. Nesse sentido, ainda que criticado, para diminuir os efeitos negativos de uma decisão contramajoritária, fundamental que o Supremo Tribunal procure fomentar a deliberação democrática, a favorecer uma interpretação pluralista da Constituição. Contudo, os tribunais não podem se transformar no “superego da sociedade órfã”²⁷, pois se isso ocorrer a jurisdição constitucional transformar-se-ia numa espécie de poder constituinte permanente.

(...) a jurisdição constitucional deve garantir, de forma constitucionalmente adequada, a participação ou a representação, nos processos ordinários cíveis ou penais e nos processos especiais de controle jurisdicional de constitucionalidade, dos possíveis afetados por cada decisão, através de uma interpretação construtiva que compreenda o próprio processo jurisdicional como garantia das condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos. Ao possibilitar a garantia dos direitos fundamentais processuais jurisdicionais, nos próprios processos de controle jurisdicional de constitucionalidade, em via incidental ou principal, a jurisdição em matéria constitucional também garantirá as condições para o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos (...). (OLIVEIRA, 2001, p. 82)

²⁷ MAUS. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos CEBRAP*, p. 183-202.

A partir disso, pergunta-se: como evitar a discricionariedade judicial, tendo em vista o princípio da tripartição dos Poderes?

Esta questão evidencia-se no trabalho de Gisele Cittadino:

Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. (CITTADINO, 2004, p. 108)

Para tanto, torna-se fundamental que o Poder Judiciário atue de modo proativo quando legitimamente provocado, sem extrapolar os limites de seu alcance, afetando, assim, a autonomia dos demais poderes orgânicos do Estado. A este respeito, Cittadino afirma ainda que:

[...] É precisamente por isso que em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve [...] entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político. (CITTADINO, 2004, p.109)

Por outro lado, é, igualmente, necessário que os demais poderes do Estado atuem de modo eficiente, atentos às dinâmicas e inesgotáveis demandas advindas das transformações dos anseios sociais, não agindo, tão somente, de maneira reativa às crises, bem como não reagindo de maneira desproporcional nas ocasiões em que a atuação jurisdicional se fizer necessária.

Em função da omissão e da atuação ineficaz dos demais poderes estatais é que se deve estabelecer um ciclo estrutural produtivo e virtuoso de diálogo e ações permanentes, suprimindo-se naturalmente os excessos e as omissões, sem a necessidade de embates entre os poderes constituídos, o que seria extremamente prejudicial para a Democracia já fragilizada, como a brasileira.

2.2.4.3 Necessidade de adoção de mecanismo de autocontenção pelo juiz constitucional (*self-restraint*)

A independência do Poder Judiciário, pilastra do Estado constitucional, está exposta às tentações de poder ilimitado, surgindo a necessidade imperativa de estabelecer meios técnicos que autolimitem a função jurisdicional.

A associação do princípio da “guarda” da Constituição junto com a interpretação última da mesma, consolida o mecanismo de resistência e independência do Poder Judiciário aos demais poderes, em especial, ao Legislativo. Tal mecanismo consiste na declaração de constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, de toda atividade legiferante ulterior à constituição. Da mesma forma que o veto do Poder Executivo o protege de possíveis abusos do Legislativo, a interpretação constitucional garante um mínimo de controle do Judiciário sobre os avanços do Legislativo. (RODRIGUES, 2017, p. 31)

Nesse sentido, ao se outorgar o direito aos tribunais de frustrar uma decisão política de governo e do parlamento, ameaça o perigo de que a decisão do tribunal não seja respeitada, com prejuízos para o Estado de Direito. Ademais, a decisão política de governo substituída por um ato judicial, embora revestida de caráter jurídico, consiste no fundo em ato político de pessoas que não detém legitimidade democrática.

Em sentido oposto, há doutrina que defende o importante papel político da Corte constitucional, devendo, contudo, exercitar a autocontenção, diante da abertura normativa possibilitada pela interpretação dos princípios e a conformação com a Constituição.

Para Gilmar Ferreira Mendes, recomenda-se que as Cortes Constitucionais pratiquem um mínimo de autocontenção, sob pena de inefetividade da jurisdição²⁸.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial, *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 8, jan. 2000.

3 O PENSAMENTO DE JOHN FINNIS

Neste Capítulo, inicialmente, como feito em relação a Dworkin no capítulo anterior, examinar-se-á o pensamento de Finnis de forma geral e na sequência será analisada sua compreensão especificamente sobre a questão do aborto, especialmente quanto ao respeito à vida.

3.1 VISÃO GERAL DO PENSAMENTO FINNISIANO

3.1.1 Finnis e o Jusnaturalismo

Antes de adentrar no ponto central da obra de Finnis²⁹ a ser analisada, é de interesse enquadrar a produção acadêmica dentre as concepções de Direito. Tido como jusnaturalista, denominado como contemporâneo, procura uma nova versão da relação entre Direito e moral.

Sobre a doutrina finissiana e sua importância, embora ainda pouco estudada, é de se relatar o seguinte:

O fato é que, após a publicação da obra encomendada por Herbert Hart, até mesmo o próprio Hart entendeu que os temas das teorias do Direito natural não poderiam mais ser discutidos nos termos até que então vinham sendo. De forma que, John Finnis transformou-se no grande expoente do Direito natural na modernidade, ultrapassando as fronteiras dos países do *commom law*, tornando-se referência obrigatória para aqueles que objetivam se dedicar à teoria do Direito. (CORREAS, 2001, p. 251).

Segundo o autor, o direito natural seria o conjunto de princípios de razoabilidade prática tendentes a ordenar a vida e comunidade humanas, visando ao bem comum. E sua normatividade seria distinta da jurídica, pois não é fruto de determinada atividade humana, sendo que sua obrigatoriedade independe de positivação.

Para Finnis, bem comum é “um conjunto de condições que permite que os membros de uma comunidade atinjam por si mesmos objetivos razoáveis, ou que realize de modo razoável, por si mesmos, o valor em nome do qual eles têm razão de colaborar uns com os outros (positiva ou negativamente) em uma comunidade” (FINNIS, 2007, p.155). O indivíduo quando busca fomentar “qualquer bem comum está rejeitando as reivindicações do interesse pessoal, mas não está ignorando seus próprios interesses...” (FINNIS, 2007, p.156).

Assim, o bem comum é buscado por todos os indivíduos, na medida em que os bens básicos evidentes são bons para todos, como por exemplo o respeito à vida.

Ocorre que da conexão entre os indivíduos é que surge a necessidade de que a autoridade estabeleça normas para resolver justamente os problemas de coordenação.

É por isso que é característico dos sistemas legais que (i) eles reivindiquem a autoridade de regular todas as formas de comportamento humano (uma reivindicação que nas mãos do advogado se torna postulado artificial de que sistemas legais não têm furos); que (ii) eles, portanto, reivindiquem ser a autoridade suprema para sua comunidade e regular as condições de acordo com as quais cada um dos membros dessa comunidade pode participar de qualquer outro sistema ou associação normativa; que (iii) eles caracteristicamente professem “adotar” regras e arranjos normativos (e.g.,

²⁹ FINNIS, J. M. *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980.

contratos) de outras associações de dentro e de fora da comunidade completa, dessa forma, “dando a elas força legal” para essa comunidade; assim, eles mantêm a noção de completude e supremacia, sem pretextar ser de modo razoável a única associação à qual seus membros podem pertencer, ou a única comunidade completa com a qual seus membros podem lidar, e sem se empenhar em prever e prover substantivamente toda atividade e arranjo nos quais seus membros podem desejar se engajar. (FINNIS, 2006, p.149).

Com base no conceito acima, devem ser fixados os conceitos básicos para responder à seguinte pergunta: Lei injusta é lei? Pergunta-se se normas que negam conscientemente a vontade de justiça devem ser obedecidas, ou seja, se o operador do direito deve ter o dever e a coragem de deixar de efetivá-las.

Dito de outro modo, pode-se afirmar que a finalidade do reconhecimento da possibilidade de não-aplicação de determinada regra é a de evitar o cometimento de injustiças no momento de aplicação da norma, na medida em que, em determinadas situações, ainda que aparentemente a norma seja aplicável de forma automática, existem condições externas que tornam a aplicação indevida.

A injustiça da lei pode advir dos seguintes aspectos:

- i. Pelo vício da intenção: Por destinação, quando o intento do legislador é exatamente de criar uma norma injusta. Por exemplo, com o objetivo de alcançar interesse privados;
- ii. Pelo vício da autoria: Quando a autoridade não tem competência para o ato, incorrendo em evidente abuso.
- iii. Pelo vício da forma: Quando desobedece ao devido processo legislativo, aqui tido como garantia frente à discricionariedade do legislador;
- iv. Pelo vício da substância: Pauta-se na noção de igualdade,³⁰ ou seja, no critério isonômico a partir do qual será realizada a atividade de atribuição e divisão de bens externos que devem ser destinados aos membros da comunidade.

Dentro da tradição aristotélico-tomista,³¹ podemos identificar três critérios ou três modalidades de aplicação dos critérios de justiça, quais sejam:

³⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010.

³¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Livraria do Advogado, 2010.

- i. Justiça Comutativa: ocupa-se das relações transacionais, estabelecidas entre os membros da comunidade, assumindo a pretensão de regular os vínculos jurídicos que se formam de indivíduo para com outro indivíduo. Interessa apenas a manutenção do equilíbrio numérico entre os bens e valores compartilhados na relação. Manifesta-se, por assim dizer, na sentença “a cada um a mesma coisa”.
- ii Justiça Distributiva: nesta, impõe-se a identificação de algum critério racional que permita a distribuição equânime das coisas comuns que deverão ser repartidas pelos participantes da comunidade política. Para tanto, deve haver um critério de justificação racional que se escore em características particulares e concretas de cada indivíduo. Manifesta-se, por assim dizer, na sentença “a cada um segundo [...] seu mérito ou sua necessidade ou seu status, etc. [...]”, conforme o caso. Busca-se uma igualdade proporcional entre as partes, a qual somente será concretizada depois de definido o critério de proporção necessário para a distribuição de bens e encargos na situação específica.

iii. Justiça social: a existência de relações de justiça social pode ser compreendida como um atestado de que todos os seres humanos possuem um núcleo comum e universal que é compartilhável com todos os demais. Tais relações, portanto, impõem uma exigência de reconhecimento, por meio da qual se deve afirmar, de forma mútua e recíproca, que todo ser humano manifesta uma dimensão mínima de dignidade que não pode ser violada em nenhuma hipótese, nem no caso de uma decisão majoritária do restante da comunidade política.

Para Finnis, o Direito é um exercício de autoridade política que gera nos cidadãos uma obrigação moral presuntiva e genérica. Para ele, o Direito será uma normatização da vida social como instrumento de coordenação e cooperação de algo que não podemos fazer sozinhos que é o bem comum. O direito existe para resolver os conflitos de interesse e não para fomentá-los.

A lei injusta, portanto, mantém a sua autoridade presuntiva, mas afasta a obrigatoriedade moral de obediência. Isso leva a pensar o tipo de medida que se deve tomar frente a essa lei injusta.

A desobediência generalizada não é justificada, pois a autoridade presuntiva jurídica permanece. A medida mais adequada é a tentativa de, por meios formais, revogar a lei injusta, e não desabonar o Estado por completo. O fundamento do bem comum é a autoridade do Direito.

3.1.2 Finnis e a ideia de autoridade do direito

John Finnis é provavelmente o autor que mais se dedicou ao tema da autoridade do direito, relacionando-o à finalidade de promover o bem comum. Para ele, não se compreende a autoridade do direito sem o bem comum que lhe serve de fundamento, tampouco se entende o conteúdo e o sentido do bem comum sem relacioná-lo com os bens humanos básicos que o constituem e com a razoabilidade prática.

Finnis define sete bens básicos³² autoevidentes:

- i. A vida;
- ii. O conhecimento;
- iii. O jogo;
- iv. A experiência estética;
- v. A amizade ou sociabilidade;
- vi. A razoabilidade prática; e
- vii. A religião.

No mesmo sentido, citamos Adrian Sgarbi, em “Clássicos da Teoria do Direito”, no seguinte excerto:

Por outras palavras, esses “valores básicos para a existência humana” constituem o substrato valorativo do homem em todos os seus juízos morais. Ou seja, os basic values de Finnis operam não apenas como princípios de todo o esforço moral, mas também, “do político” e “do jurídico”. Portanto eles possuem caráter “pré – moral”, “pré – político” e “pré – jurídico”. De todo modo, mais uma vez importa assinalar que para nosso autor eles são “auto evidentes”, e mesmo que nem todos os

³² Em referência aos bens básicos descritos por Tomás de Aquino, Finnis expõe nos seguintes termos: “Os bens básicos que os primeiros princípios práticos identificam e para os quais nos conduzem são apontados por Tomás de Aquino como (i) a vida, (ii) o “matrimônio entre homem e mulher e a educação das crianças [coniunctio maris et feminae et educatio liberorum]” (de modo nenhum redutível à “procriação”), (iii) o conhecimento, (iv) o viver em amizade (societas e amicitia) com os outros, (v) razoabilidade prática (bonum rationis) própria, e (vi) conhecer e relacionar-se apropriadamente com a causa transcendente de todo o ser, valor, normatividade e ação eficaz. (ST I-II q.94 aa. 2 e 3). FINNIS, Direito Natural em Tomás de Aquino. Trad. Leandro Cordioli. Editora Sérgio Antônio Fabris, 2007, p 37

homens os entendam e os realizam com igual intensidade, eles são universalmente fundamentais (SGARBI, p. 203/204).

Em *Natural Law and Natural Rights*, explicitando-os sucintamente ficariam da seguinte forma:

- i. *Vida (saúde corporal, capacidade psíquica de autodeterminação e procriação):* A vida é um bem humano básico, para John Finnis.
- ii. *Conhecimento (saber a verdade de modo não apenas instrumental):* O que conta como conhecimento no sentido de ser um valor básico é o conhecimento da verdade.
- iii. *Jogo (experiência lúdica: sem outro fim a não ser o desempenho da própria atividade):* o jogo também é uma forma de bem humano básico, apesar de muitos filósofos ou estudiosos negligenciarem-na.
- iv. *Experiência estética (a contemplação do belo como fim da atividade em si mesma):* Assim como o *jogo*, a experiência estética é um bem que às vezes é esquecido em listas de bens humanos básicos mais restritas, por não ter um contexto sério em todas as oportunidades.
- v. *Sociabilidade (amizade; relacionar-se pacificamente com outros seres humanos):* A amizade também é um bem humano básico, sendo que parcela de nossos compromissos, ações e projetos pode envolver a participação nesse valor fundamental.
- vi. *Razoabilidade prática (impor ordem inteligente na própria vida com a escolha de fins razoáveis e modos razoáveis de participação nestes fins):* Saber empregar a inteligência para escolher como agir nas situações concretas é um bem fundamental para os seres humanos.
- vii. *Religião (estar em paz com uma fonte transcendente de realidade):* Alguns compromissos humanos são explicáveis com base em bens inteligíveis que transcendem a natureza humana, no sentido de que existe uma realidade exterior (seja ela uma criação de Deus, a ordenação dos cosmos ou a própria natureza) que ultrapassa os limites e compreensões humanas.

A justificação da autoridade do direito são os limites apropriados para a atuação de seres livres e racionais, de pessoas dignas que merecem respeito de exercício de sua liberdade

racional, e não de qualquer tipo de liberdade, pois somente há liberdade se houver autogoverno racional.

Considerando que Finnis alega a razão moral de obediência às leis, qual seria a fonte de tal justificação?

Inicialmente, na teoria finissiana é possível fixar que a razoabilidade prática é um bem e que toda e qualquer obrigação deve ser explicada a partir dela. Logo, algo só é obrigatório quando se apresenta ao sujeito uma boa razão para agir conforme determinado, e não o contrário.

Em suma, na teoria finissiana o vínculo que liga o Direito e a Moral é a razoabilidade prática. Contudo, para que tal seja atingida faz-se necessário obedecer aos seguintes requisitos:

- i. O primeiro requisito pode ser formulado como “manter plano coerente de vida”. A pessoa deve ter um conjunto de compromissos efetivos e pouco variáveis;
- ii. O segundo requisito consiste em “não ter preferências arbitrárias por valores”, ou seja, nenhum dos bens humanos básicos deve ser deixado de lado em detrimento de outros, temporária ou permanentemente, sem uma “avaliação que a pessoa faça de suas capacidades, circunstâncias e mesmo de seus gostos”.
- iii. O terceiro requisito é “não ter preferências arbitrárias por pessoas”. Isso implica em reconhecer que o pleno florescimento de qualquer pessoa é um bem, em ser imparcial para com as pessoas que participam, ou podem vir a participar, dos bens humanos básicos.
- iv. O quarto (“desprendimento dos projetos específicos e limitados”) e o quinto (“compromisso com os planos gerais”) requisitos são complementares entre si e em relação ao primeiro.
- v. O sexto requisito impõe “a realização do bem no mundo por meio de ações eficientes para seus propósitos”, o que implicar julgar as ações por sua adequação aos seus propósitos.
- vi. O sétimo requisito impõe o “respeito por cada valor básico em cada ato”;
- vii. A oitava exigência pode ser rotulada de “favorecer e promover o bem comum da comunidade”;
- viii. O nono requisito impõe “agir de acordo com sua consciência”, ou seja, não fazer o que julga não deva ser feito. A escolha de fazer o que entende ser errado, mesmo que o julgamento da consciência seja imperfeito e o errado na realidade seja o certo, é uma decisão desarrazoada.

Com base nos requisitos da razoabilidade prática, percebe-se que a diversidade de opiniões morais decorre de uma atenção maior a algum valor ou requisito básico.

Nesse contexto, existem leis que são moralmente legítimas e por isso geram uma obrigação dita moral e outras, ilegítimas, que geram apenas uma obrigação jurídica, ainda que acompanhada de penalidade.

Para Finnis³³, são cinco as características formais do direito:

1. “Regras de coação”. Segundo Finnis, o direito é necessariamente coativo: primeiramente através de sanções punitivas; secundariamente mediante intervenções restritivas, pois o castigo tanto atua como incentivo para que se aja conforme ao direito como para restaurar o equilíbrio de vantagens entre aquele que viola e aquele que respeita a lei;
2. “O direito regula sua própria criação”. O direito atribui previsibilidade às interações humanas utilizando-se de regras e instituições que ele mesmo formula;
3. “As normas jurídicas permanecem no tempo”. Afirma Finnis que as normas jurídicas se caracterizam por, uma vez criadas, permanecerem válidas até o esgotamento do seu propósito ou sua revogação;
4. “As normas jurídicas regulam a atuação dos indivíduos, podem modificar a extensão e a aplicação de regras”. Ou seja, as regras jurídicas também organizam a atuação privada na constituição de padrões de conduta;
5. “O direito assume a ficção de previsibilidade total”. Conforme Finnis, é comum a presença do postulado conforme o qual os atos jurídicos passados preveem os problemas de coordenação social.

Aqui é importante mencionar que a noção de autoridade do direito em Finnis passa pela noção de coordenação. Para ele há dois modos de coordenar as ações:

- i. Unanimidade
- ii. Autoridade.

Ao rejeitar a unanimidade por ser impraticável, Finnis conclui que a autoridade política é uma necessidade para a cooperação social. Cabe à autoridade o papel de conduzir a conduta dos homens à realização dos bens humanos básicos que são necessários ao florescimento do homem (FINNIS. 2012, p. 38-39). É nisto que reside a necessidade da autoridade, ela é elemento indispensável para que esses bens sejam realizados.

Em suma, o cidadão busca do direito uma orientação prática que lhe ofereça a obrigação moral. E isso só acontece quando o direito fomenta o bem comum. Para tanto não há

³³ FINNIS, John Mitchell. Natural law and natural rights. Oxford: Oxford University Press, 1980. p. 268-269 e 296-298

uma construção, mas uma escolha de produção da norma. Finnis, por assim dizer, não se contenta com apenas uma resposta.

A questão da autoridade da lei humana encontra, de fato, a sua autoridade no direito natural. Por lei humana tem-se de considerar todo aquele aparato legislativo que deriva de uma lei que pode ser considerada ou hierarquicamente superior ou que deve ser respeitada sob o risco de conter a autoridade da lei humana, justamente, pois é na lei natural que esta encontra o seu fundamento. O direito, portanto, deve ser devidamente fundamentado, sob o risco de existirem leis injustas.

Em suma, a autoridade da lei é outorgada pelo direito natural. Para justificar isso, Finnis elenca em sua teoria uma coletividade de interesses que devem ser juridicamente protegidos, chamados de bens humanos básicos.

Finnis demonstra sua postura favorável à especificação de direitos, explicando que o moderno discurso sobre direitos amplifica a referência indiferenciada ao bem comum, fornecendo uma listagem detalhada dos aspectos de florescimento que tendem a favorecer tal florescimento. Ressalta-se que a especificação de direitos não tem como englobar todas as possibilidades de direitos existentes e, por esse motivo, há quem possa se sentir injustiçado e argumentar que inserir na lei alguma concepção de florescimento é injusto, porque também seria necessário tratar com consideração e respeito os membros cujas concepções de bem humano estejam de fora do conjunto preferido e cujas atividades podem ser restringidas pela lei; todavia, esse argumento invalida a si mesmo, uma vez que aqueles que o apresentarem com o objetivo de revogar a legislação restritiva não estarão tratando com consideração e respeito desigual aqueles a cujas preferências eles se opõem.

Segundo Finnis, o caráter desejável de uma comunidade completa é uma associação global, na qual seriam coordenadas as iniciativas e atividades dos indivíduos, das famílias e da vasta rede de associações intermediárias, com o propósito de se poder garantir todo o conjunto de condições materiais e outras, inclusive formas de colaboração que tendem a favorecer, facilitar e promover a realização, por parte de cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal³⁴.

Nesse contexto, passa-se a diferenciar os casos centrais de casos periféricos na perspectiva do multicitado autor.

³⁴ FINNIS, John. Lei natural e direitos naturais. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007. p. 149.

3.1.3. Finnis e a ideia de casos centrais e de casos periféricos

Para Finnis, o caso central é o significado focal, a realidade nua e crua, sem atenuantes ou agravantes, considerada em si mesma. Por outro lado, os casos periféricos dizem respeito aos significados secundários, ou seja, a realidade enfocada a partir de certo aspecto, nuançada por determinada perspectiva.

Eis como Finnis sintetiza o argumento exposto:

Pensamento prático é pensar a respeito do que (se deve) fazer. Razoabilidade prática é razoabilidade na decisão, na adoção de compromissos, na escolha e na execução de projetos e, em geral, na ação. A filosofia prática é uma reflexão disciplinada e crítica sobre os bens que podem ser realizados na ação humana e nos requisitos da razoabilidade prática. Então, quando dizemos que o teórico descritivo (cujos propósitos não são práticos) deve agir, em sua seleção e formação indispensável de conceitos, adotando um ponto de vista prático, queremos dizer que ele deve avaliar a importância ou o alcance das semelhanças e diferenças em seu assunto perguntando o que seria considerado importante ou significativo nesse campo por aqueles cujas preocupações, decisões e atividades criam ou constituem o assunto. (FINNIS, 2007b, p. 25)

Em Finnis, o caso central do Direito é o Direito Positivo, já que tem sua origem no trabalho humano e possui obrigatoriedade. Com isso, há um afastamento das concepções clássicas do Direito Natural que entendem ser a coisa ou a conduta justa o caso central de Direito, aproximando-se das teorias positivistas de Hart e Raz, que procedem à análise jurídica da norma positiva.

De outra banda, Finnis concorda com a crítica que L. Green (2015) faz à pretensão positivista de uma separação rígida entre Direito e moral:

O argumento avaliativo é naturalmente central para a filosofia do direito em geral. Nenhum filósofo do direito pode ser apenas um juspositivista. Uma teoria completa do direito requer também uma observação sobre que tipo de coisas poderiam possivelmente figurar como méritos da lei (a lei deveria ser tão eficiente ou refinada, quanto justa?); sobre qual o papel a lei deveria ter no julgamento (leis válidas deveriam ser sempre aplicadas?); sobre que obediência a lei exige de nós (existe um dever de obedecer?); e também sobre as perguntas basilares sobre quais leis nós devemos ter e de se deveríamos ter leis. O juspositivismo não aspira responder estas questões, embora suas exigências a respeito da existência e conteúdo da lei dependam somente dos fatos sociais lhes dando forma. (FINNIS, 2007a, p. 115)

3.1.4 Finnis e a crítica de sua obra

Após análise dos conceitos principais da multicitada obra de Finnis, como feito no capítulo que trata do jusfilósofo Dworkin, ressaltamos neste momento a necessidade de criticá-los sob o ponto de vista acadêmico.

Reduzimos nossa análise em três núcleos básicos para fazer a conexão com o aborto, tema central da presente dissertação.

São eles:

- i. Matrimônio;
- ii. Homossexualidade;
- iii. Bioética.

Há de pontuar que Finnis repudia toda a atividade sexual humana que não se insira no contexto do bem comum expressivo do matrimônio, a partir disso rejeita a homossexualidade.

Segundo o Professor desta instituição, Jorge Octávio Lavocat, em artigo³⁵ de sua autoria, talvez este tenha sido o pecado de John Finnis, ao entender que o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria contrário à razão prática e conseqüentemente, ao direito natural.

Nessa perspectiva, é de se salientar que sob a pecha da denominada Razoabilidade Prática embasada em preceitos de Direito Natural, Finnis acaba por introduzir em seu discurso a posição ortodoxa da Igreja Católica Apostólica Romana.

Finnis trata da falácia naturalista³⁶, mas parece que seus argumentos em caso concretos como a interrupção da gravidez, casamento entre pessoas do mesmo sexo, inseminação artificial, remontam à tradicional teoria do Direito Natural, ficando, por assim dizer, ainda mais exposto a críticas.

De outra banda, na obra do autor existe uma forte tradição analítica. Essa somente se ocupa da possibilidade, independentemente do aspecto histórico. Nesse aspecto, as ditas minorias são marginalizadas ainda mais, já que excluídas do pensamento do autor.

³⁵ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **Direito e transformação social Contributos teóricos para a (re)construção de uma teoria jurídica emancipatória**, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p7.pdf> Acesso em: 03 out. 2018.

³⁶ Hume retrata essa falácia naturalista no seguinte trecho de sua Obra: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. (HUME, David. *Tratado da natureza humana*. Livro III. Parte I. Seção II. São Paulo: UNESP, 2000, p. 509).

Assim, o que pensar da aplicação da sua teoria num Estado que se supõe laico como o brasileiro?

A separação das confissões religiosas do Estado é fruto do constitucionalismo liberal e decorre de diversas lutas de grupos vulneráveis como a mulher, principalmente as decorrentes do feminismo e ignorar isso causará mais sofrimento.

Adota-se neste trabalho a distinção entre “laicismo” e “laicidade”, esta última vista como “atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso”, em que o Estado se abstém de “tomar posição sobre o problema da verdade religiosa”, ao passo que a primeira pode definir-se como filosofia de cunho antropológico que “exclui qualquer referência a uma verdade transcendente alicerçada na revelação”.

O laicismo pretendia um corte revolucionário com o antigo regime, a superar não só a tradição política como também o quadro epistemológico, num programa de dismantlar os alicerces da unidade político-religiosa e substituí-los por “estruturas emancipatórias”. A “verdade que liberta”, agora, é antimetafísica e positivista e gira em torno de um “quase metafísico princípio da verificação — o que se traduz numa atitude de “relativa hostilidade perante a religião”, confinada do espaço público, a par da promoção deliberada de uma “mentalidade secularizada e indiferente” à religião.³⁷

Num paralelo entre laicidade, Finnis e realidade brasileira, Pontes de Miranda comparou as Constituições brasileiras. Para ele, na de 1967, “nenhuma agressividade contra as religiões se observa”, como também ocorria com a de 1946. Permaneceram os pontos em que a Constituição de 1934 revelava a “mais franca simpatia, sem que deixasse de ser laico o Estado. Laicidade neutra, posto que já não fosse indiferente, nem, tampouco, hostil” (a de 1937 vovera a ser, como a de 1891, indiferente) — “e a de 1967, como a de 1934 e a de 1946, atenta”.³⁸ Nem indiferente, menos ainda hostil, a Constituição Federal de 1988 é atenta, separada mas cooperativa, não confessional mas solidária, tolerante.

Objetiva-se “construir um espaço aberto para a religião, livre de qualquer coerção ou discriminação”, embasado na visão de cidadãos livres e iguais em direitos. Isso equivale a dizer que a religião não é “assunto dos poderes públicos, mas dos cidadãos” — salvo a tarefa estatal

³⁷ MACHADO. *Liberdade religiosa...*, p. 306-7. Para os *filhos de Voltaire* (os maçons ou pedreiros livres, na expressão portuguesa) o clericalismo era o “inimigo a abater” (*le clericalisme, voilà l'ennemie*), tudo no clima radical em que as confissões religiosas, a seu turno, aferravam-se à defesa de tradicionais privilégios.

³⁸PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. IV, p. 132.

de assegurar o programa normativo — deveres de proteção e garantias institucionais, o que se reflete também nos princípios da cooperação e da solidariedade.

Renunciando o Estado a qualquer competência em matéria de verdade religiosa, permanece fiel a um “princípio de não identificação confessional” — ao silenciar perante as questões últimas de sentido da vida, pode ser “casa comum de todos os cidadãos”.

Ante o exposto, o princípio da separação, aparta as igrejas e confissões religiosas da organização político-administrativa do Estado, visando garantir sua livre organização e livre exercício de culto, tendo como radical subjetivo o direito subjetivo individual de ter ou não ter religião conexo com a liberdade de consciência e com a autonomia individual. A não discriminação, por seu turno, decorre do princípio da tolerância e do dever de proteção.

Encerramos aqui a parte que trata da visão geral da obra finissiana e sua crítica para adentrarmos na visão do referido autor sobre o aborto, a despeito de já termos tecido algumas linhas iniciais.

3.2 A VISÃO FINNISIANA SOBRE O ABORTO

Finnis em sua obra *Lei Natural e Direito Natural* busca incessantemente identificar os bens humanos básicos, dentre eles a vida. Para ele determinada ação só será moralmente obrigatória se colocá-los em evidência, embora alguns ainda demandem uma atuação Estatal para que sejam concretizados e não o contrário.

Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio das instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer. O objetivo deste livro é identificar esses bens, e esses requisitos de razoabilidade prática, para assim mostrar como e sob que condições tais instituições têm cabimento e de que maneiras podem ser (e frequentemente são) deficientes. (FINNIS, 2007a, p. 17).

Finnis afirma que o “direito de decidir” tem justificado o aborto e menciona ainda que sua teoria, que o impede, não se trata de um preconceito específico contra a mulher ou de preferência pelo nascituro.

É possível extrair da obra finissiana, por assim dizer, que há uma vedação ao aborto, inclusive em caso de gravidez decorrente de estupro.

As teorias que justificam o aborto nestes casos, são um engano. Distinguem entre uma criança antes de nascer e depois de haver nascido, mas reconhecem que qualquer menino são pode, uma vez nascido, ficar gravemente enfermo e ter um mal prognóstico de vida. Eu pergunto a quem justifica o aborto nestes casos: creem que se pode matar aqueles que nasceram bem, mas sofreram uma enfermidade ou acidente grave? O caso da mulher violada que engravidou, é terrível e não há dúvida de que ela sofreu uma grande injustiça. Mas de todas as maneiras, esta injustiça não se soluciona com outro ato injusto, como é matar o feto que leva em seu seio.³⁹

Em suma, para Finnis, não é admitida nenhuma violação ao bem vida, seja em qualquer estágio de desenvolvimento e em qualquer circunstância.

Por outro lado, os favoráveis ao aborto defendem que em caso de evidente desacordo moral sobre o momento em que a vida humana começa, esta matéria não deve ser tratada no âmbito estatal, mas deve ficar a cargo da autonomia procriativa da mulher.

Antes de adentrar no tema e fazer o contraponto com Finnis e de bom grado pelo menos conceituar o que seja um desacordo moral razoável tendo como ponto central a temática do aborto.

Autores como Jeremy Waldron (*Law and Disagreement*, 1999) e John Rawls (*O Liberalismo Político*, 2000) dissertam sobre o desacordo moral razoável, como sendo a existência de um pluralismo de crenças, ideias e valores de natureza religiosa, política, filosófica e moral que demonstram serem incompatíveis entre si e racionalmente plausíveis.

Finnis, por outro lado, entende que aplicar a autonomia em desacordos morais razoáveis conduz a resultados incorretos pelos motivos a seguir expostos.

Sabe-se que o autor apresenta vários argumentos para reforçar a sua teoria, dentre eles os seguintes:

- i. Argumento da **Continuidade**: o embrião é um bem humano com potencial do mesmo modo que o feto, o infante e o adolescente;
- ii. Argumento do **Valor intrínseco**: todos os seres humanos são valiosos intrinsecamente (de um modo que nos habilita atribuir-lhes igualdade e direitos básicos) por causa do tipo de ser que eles são. Posto que seres humanos são valiosos intrinsecamente e merecem pleno respeito moral em virtude do que eles

³⁹ MOREIRA, A. M. **A possibilidade de abordagem éticomoral no raciocínio jurídico**: o aborto na visão de Dworkin e Finnis. Tese em Filosofia – PUC - Rio Grande do Sul, 2017.

são, segue-se que eles são intrinsecamente e igualmente valiosos desde o ponto no qual eles vêm a existir. Mesmo no estágio embrionário de nossas vidas, cada um de nós foi um ser humano e, como tal, digno de consideração e proteção. (GEORGE, 2008b, p.29).

Por conseguinte, Finnis faz uma distinção entre abortos diretos e abortos indiretos, afirmando que o aborto direto é incorreto em qualquer circunstância, enquanto o aborto indireto nem sempre é errado.

Quanto ao aborto indireto, sua permissibilidade moral não contraria o princípio de justiça quando quatro condições são satisfeitas:

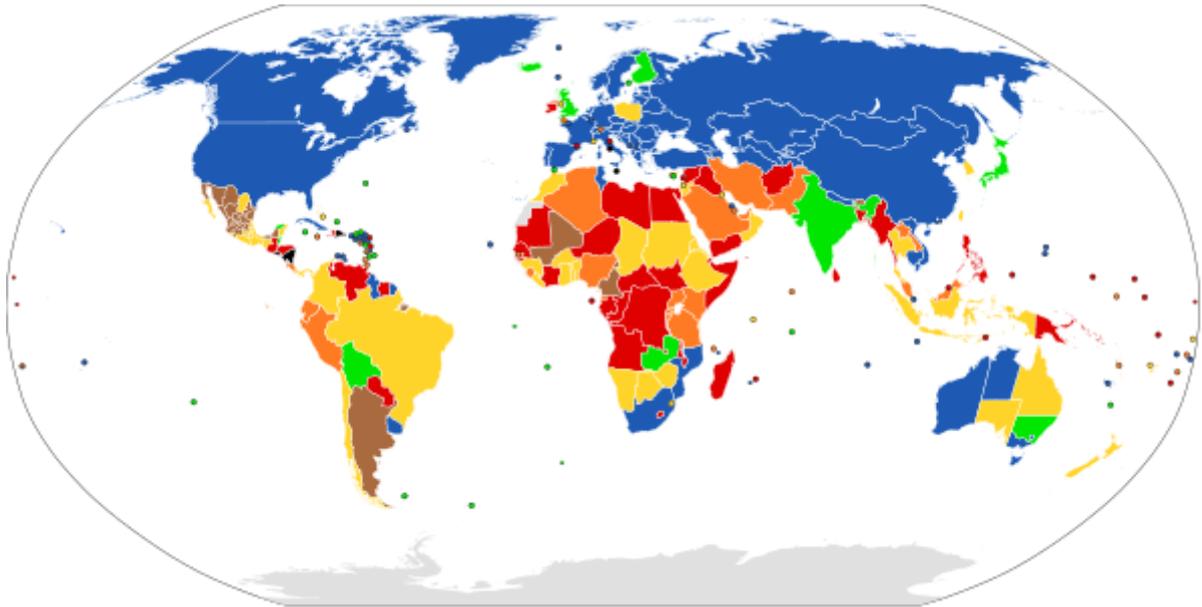
- i. quando uma patologia ameaça a vida tanto da mãe quanto da criança;
- ii. quando não é seguro esperar, ou esperar pode resultar na morte de ambos;
- iii. quando não há como salvar a criança; e quando uma operação que salvará a mãe resultará na morte do filho.

Considera que os médicos devam respeitar o princípio da beneficência, e o estarão respeitando ao se recusarem a realizar um aborto, sendo beneficentes com o feto, com sua mãe e com todos aqueles que possam ser prejudicados com uma ética da morte, além de deverem possuir um sentido próprio de sua autonomia, vendo a si mesmos como sujeitos morais que preservam e respeitam a vida.

Em suma, para Finnis a vida humana deve ser protegida e fomentada em todas as nossas ações, já que intrinsecamente valiosa. Nesse contexto, os embriões são vidas e é indefensável qualquer violação nesse ponto por não estarem de acordo também com a razoabilidade prática.

Ante as ponderações já realizadas, há argumento legítimo para que o Estado patrocine a vedação da interrupção da gravidez?

Inicialmente, é de se salientar a situação jurídica do aborto ao redor do mundo por meio da seguinte representação:



Situação jurídica do aborto ao redor do mundo⁴⁰:

■ Legal.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física e/ou mental, estupro/violação, defeitos no feto e/ou fatores socioeconômicos.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física e/ou mental, estupro/violação e/ou defeitos no feto.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe, problemas de saúde física e/ou mental, e/ou estupro/violação.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida da mãe e/ou problemas de saúde física e/ou mental.

■ Illegal, exceto em casos de risco à vida materna.

■ Illegal e sem exceções

■ Não há informações.

A partir do mapa acima exposto, é razoável inferir que há uma tendência em não considerar o aborto como crime nos países desenvolvidos. Como exemplo citamos:

- i. Estados Unidos da América: O aborto é legal em todos os estados do país desde 1973, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Roe vs Wade*;

⁴⁰ Informe da ONU sobre o aborto no mundo (2011) . Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>

- ii. Dinamarca: O aborto é permitido até as doze semanas a pedido da mulher mediante a apresentação de um requerimento a um médico ou centro social, que aconselhará a mulher e a encaminhará para um hospital, se mantiver a intenção de interromper. Permitida após as doze semanas em caso de risco de morte ou saúde física da mulher, risco de malformação do feto;
- iii. Alemanha: O aborto é permitido até doze semanas a pedido da mulher após aconselhamento médico, ou em consequência de violação ou outro crime sexual. É também permitido após as doze semanas por razões médicas que possui, segundo a lei alemã, uma definição lata, incluindo saúde mental e condições sociais adversas.

Realizada breve digressão com a situação mais atual do aborto em alguns países, volta-se à Teoria de Finnis para tentar responder à pergunta acima formulada.

Finnis não se preocupa em ir de encontro ao positivismo, não ao menos diretamente. Seu foco é a importância dos princípios da lei natural à validade da própria lei criada pelo Poder Legislativo. “Porém é precisamente um pensamento prático disciplinado e informado e que pode proporcionar uma crítica destes conceitos, com o fim de superar os obstáculos que eles apresentam no caminho do pensamento claro sobre o que se deve fazer” (FINNIS, 1980, p. 16).

Isso se deve ao fato de que não se trata unicamente da tomada de uma decisão, mas de uma ação que justifica a atitude dentro dos padrões humanamente aceitáveis. Em Finnis, a decisão correta é a que privilegia os bens humanos básicos já citados linhas atrás, os quais propiciam o bem comum e proporcionam, por conseguinte, o florescimento humano.

Em Dworkin, por sua vez, existiriam duas situações que impediriam a intervenção estatal para proteger a vida intrauterina.

- i. O efeito sobre o grupo específico das mulheres grávidas é maior do que sobre os demais membros da sociedade;
- ii. Se se trata de crença religiosa impedir o aborto, a primeira também alberga o pluralismo e este por sua vez admite a discordância radical em questões fundamentais de existência.⁴¹

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: *Life's Dominion*]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 202-203.

No nosso entender, contudo, há uma inconsistência lógica na Teoria Dworkiniana ao admitir o aborto até o terceiro mês, pois ocorreu uma violação básica de uma vida com potencial baseada apenas num critério temporal.

[...] que devemos fazer aos outros o que gostaríamos que eles nos fizessem. É uma extensão lógica dessa forma de argumento dizer que nós devemos fazer aos outros o que *nós gostaríamos que fosse feito a nós*. Duas mudanças (seguramente, facilmente admissíveis) estão aqui envolvidas. A primeira é uma mera diferença nos tempos verbais que não podem ser moralmente relevantes. Em vez de dizer que nós devemos fazer aos outros o que gostaríamos (no futuro) que eles nos fizessem, nós dizemos que devemos fazer aos outros o que nós gostaríamos que fosse feito a nós (no passado). A segunda é uma mudança do hipotético para o real [...] A aplicação dessa determinação ao problema do aborto é óbvia. Se nós estamos satisfeitos por ninguém ter terminado com a gravidez que resultou em *nosso* nascimento, *ceteris paribus*, [não deveríamos] terminar qualquer gravidez que resultará no nascimento de uma pessoa tendo uma vida como as nossas.⁴²

Dito de outro modo, podemos antever que a teoria Dworkiniana peca por retirar do debate público questões em que há grave dissenso, como o aborto, pois é justamente do desacordo que surgem os argumentos e as razões práticas e científicas.

Assim se posiciona o professor Paulo Gonet Branco—“Não é, portanto, porque não há consenso sobre a validade moral de prática abortiva que o assunto deva ser entregue, sem mais, à autonomia privada dos indivíduos ou à livre escolha da legislatura. O tema deve ser enfrentado em todas as suas dimensões”⁴³. Entre nós, é isso o que sustentam Ives Gandra da Silva Martins e Antônio Carlos Rodrigues do Amaral:

Quando se sustenta que o Estado deve ser surdo à religiosidade de seus cidadãos, na verdade se reveste esse mesmo Estado de características pagãs e ateístas que não são e nunca foram albergadas pelas Constituições brasileiras [...] Pretender calar os vários segmentos religiosos do país não apenas é antidemocrático e inconstitucional mas traduz comportamento revestido de profunda intolerância e prejudica gravemente a saudável convivência harmônica do todo social brasileiro.”

⁴² “[...] that we should do to others as we wish them to do to us. It is a logical extension of this form of argument to say that we should do to others what *we are glad was done to us*. Two (surely readily admissible) changes are involved here. The first is a mere difference in the two tenses which cannot be morally relevant. Instead of saying that we should do to others as we wish them (in the future) to do to us, we say that we should do to others as we wish that they had done to us (in the past). The second is a change from the hypothetical to the actual [...] The application of this injunction to the problem of abortion is obvious. If we are glad that nobody terminated the pregnancy that resulted in *our* birth, then we are enjoined not, *ceteris paribus*, to terminate any pregnancy which will result in the birth of a person having a life like ours.” [HARE, R. M. **Abortion and the Golden Rule**. Philosophy and Public Affairs. V. 4, N. 3, 1975, p. 208].

⁴³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Proteção do Direito à vida: A Questão do Aborto**, 2002. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/677>> Acesso em: 05 out. 2018.

Assim, em situações de grave dissenso político ou em desacordos morais razoáveis, resta ao Estado *lato sensu* abrir-se ao debate público com as instituições e não simplesmente deixar o direito de decidir exclusivamente com a mulher.

Dito de outro modo, a participação deve ser ampla e irrestrita, evitando-se as omissões de quaisquer dos Poderes constituídos e da própria sociedade na construção da decisão que represente a comunidade, ainda que temporária.

Apenas para ilustrar o que dito acima, embora não imune também a críticas, seria o que Peter Habberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.⁴⁴

Exegese constitucional ‘em sentido amplo’ (para poder distingui-la de seu outro sentido mais restringido ou estrito), acentuado em nível pessoal, significa, a sua vez, entendê-la em seu conjunto, ou seja, tomar muito a sério os direitos fundamentais de todos juntamente com a própria democracia plural, e isso tanto na teoria como na prática, já que ‘intérpretes constitucionais no sentido mais amplo’ são aqueles que legitimam básica, teórica e democraticamente a ‘democracia cidadã’ inclusive em nível puramente doutrinal.

3.2.1 Aborto no Brasi

A legislação que trata de aborto está repleta de questões sociais, políticas, econômicas, morais, religiosas e existenciais e torna-se praticamente impossível fechar uma ação universal em todos os países. Diante disso, é intuitivo que cada comunidade deverá considerar seus valores intrínsecos para decisões tanto do ponto de vista coletivo quanto individual.

Nesse contexto, dentro dos que defendem a descriminalização podemos sistematizá-los da seguinte forma:

- i. Pela legalização: O aborto deve ser regulamentado socialmente não porque não é um assunto que deva ser deixado às mulheres, mas porque deva ser regulamentado e controlado;
- ii. Pela liberalização: O aborto é um assunto privado da mulher, de modo que caberia à lei regular a forma correta de fazê-lo.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não há sequer uma decisão de quando se inicia a vida, se da concepção ou da fixação do óvulo fecundado no útero. No entanto, apesar da

⁴⁴ 44. Cf. HÄBERLE, 2002, p. 68-70

importância do tema, deixemo-lo de lado para indicarmos a forma pela qual a legislação penal brasileira trata do tema.

Significativo é que o Aborto é a interrupção de vida intrauterina, com a destruição do produto da concepção⁴⁵ e é tipificado no nosso Código Penal nos artigos 124, 125 e 126, *in verbis*:

Aborto provocado pela gestante ou com o 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. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena: Reclusão, de três a dez anos.

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.

O Artigo 128 do Código Penal traz duas hipóteses em que o Aborto é permitido. São elas:

- i) Inciso I – Traz o denominado aborto “necessário” ou “terapêutico” cabível quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante;
- ii) Inciso II – Traz o denominado aborto “humanitário”, “ético” ou “piedoso”, cabível em caso de gravidez resultante de estupro.

Além da previsão legal, jurisprudencialmente, foi criada a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (Plenário. ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j.12/02/2014).

Contudo, recentemente, houve a criação de uma quarta exceção, sendo este o ponto de partida da presente dissertação no acima citado *habeas corpus* 124306/RJ.

⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Especial. São Paulo: Atlas, 24 ed., 2006, p.62

Na decisão da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 124306/RJ, mencionou-se a possibilidade de que a interrupção da gravidez no primeiro trimestre da gestação também não seria crime quando provocado pela própria gestante (CP, Art. 124) ou com o seu consentimento (CP, Art. 126).

No Brasil, os números são os seguintes:

O tabu que cerca o tema leva à imprecisão dos números. Resultados preliminares do estudo “Magnitude do abortamento induzido por faixa etária e grandes regiões”, obtido com exclusividade pelo GLOBO, mostram que, somente no ano passado, foram 205.855 internações decorrentes de abortos no país, sendo que 154.391 por interrupção induzida. Este número, no entanto, é apenas uma ponta do iceberg. As estimativas de abortos do estudo conduzido pelos professores Mario Giani Monteiro, do Instituto de Medicina Social da Uerj, e Leila Adesse, da ONG Ações Afirmativas em Direitos e Saúde, revelam que o número de abortos induzidos é quatro ou cinco vezes maior do que o de internações. Com isso, é possível calcular que o total de abortos induzidos em 2013 variou de 685.334 a 856.668. No entanto, segundo dados do Ministério da Saúde, foram apenas 1.523 casos de abortos legais (por estupro, ameaças à saúde materna e anencefalia fetal) no período⁴⁶.

Dos dados extrai-se que a caráter de prevenção geral e especial da pena não vêm sendo respeitado pelas mulheres, que a despeito da tipicidade penal, continuam procurando clínicas clandestinas para realizarem o procedimento abortivo.

Nesse momento, é oportuna a pergunta: Seria possível tutelar a autonomia reprodutiva daqueles que não desejam ter filhos e, que, para tanto, precisariam ou desejariam se valer de um aborto?

A esfera da autonomia reprodutiva ou dos direitos reprodutivos abarca também o acesso a informações sobre planejamento familiar, a métodos contraceptivos, a cuidados médicos pré-natais e o direito de abortar. Como se sabe, o acesso a esses serviços que promovem a efetivação da autonomia reprodutiva é muito mais satisfatório em alguns países do que em outros. Segundo algumas perspectivas, os direitos reprodutivos compreendem não apenas o direito de não ter filhos (um direito negativo que consiste na obrigação do Estado de evitar que haja interferências nas decisões reprodutivas do indivíduo) como também o direito de ter filhos, um direito positivo que implicaria na obrigação do Estado de ajudar os indivíduos com problemas de fertilidades. A afirmação da autonomia reprodutiva nesse

⁴⁶ Disponível: http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/850-mil-mulheres-realizam_aborto_brasilpor-ano.html. Acesso: 09.6.2018.

momento do texto afirma apenas que os indivíduos têm o direito de não ter filhos caso assim o desejem⁴⁷.

Para os que defendem o aborto eletivo, no primeiro trimestre de gestação, não há violação da dignidade humana, já que neste período o feto não tem ainda desenvolvido seu sistema nervoso central, não havendo restrição ao denominado direito fundamental de não sentir dor, privilegiando-se a paternidade responsável.

O STF, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, entendeu que o embrião, fruto da fertilização *in vitro* nas clínicas de reprodução assistida, não recebe a mesma condição de pessoa humana em formação estendida ao embrião fertilizado em útero, cujo desenvolvimento não pode ser obstado por meios externos. A diferença entre este e aquele reside na possibilidade de desenvolvimento do encéfalo, parâmetro do término da vida humana e, por consequência, de seu início. A partir desta premissa – a de que a formação do cérebro determina o início da vida humana juridicamente protegida –, entendeu se, na ADPF nº 54-8/DF, que o feto que padece de anencefalia não pode merecer a mesma proteção estendida aos demais fetos, nos quais esta ocorre sem sobressaltos⁴⁸”.

Assim, para os defensores do aborto, não existem direitos absolutos, podendo haver a relativização até mesmo do direito à vida. Contudo, não há menção ao *locus* adequado. Vale dizer, se quem deveria fazê-lo seria o Legislativo ou o próprio Poder Judiciário.

3.2.2 Poder Judiciário e/ou Poder Legislativo: existe *locus* adequado para deliberação?

Feita a análise das posturas Dworkiniana e Finnisiana fica evidente o antagonismo, principalmente no que se refere ao aborto e às situações de quem será chamado a decidir em situações de desacordos morais razoáveis.

Existem forte críticas quanto à falta de legitimidade do Poder Judiciário, órgão não democraticamente eleito cujas decisões produzem grande repercussão na vida de toda a

⁴⁷ TÄNNSJÖ, T. *Our Right to In Vitro Fertilisation – its scope and limits*. Journal of Medical Ethics, vol. 34, n. 11, 2008, p. 804.

⁴⁸ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. *Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental*, cit., p. 30-31.

comunidade política. Tal conflito acirrou-se principalmente após a crescente assunção de importância e atribuições das cortes constitucionais em países como o Brasil, que adotam o controle abstrato de constitucionalidade, pois neste, é maior a probabilidade de ocorrerem tensões entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

É no âmbito do controle de constitucionalidade abstrato de normas que Habermas (2001) percebe a intensificação do conflito entre as funções do tribunal constitucional e do legislador democraticamente legitimado.

Diante dessa tensão, existiria a supremacia das decisões judiciais sobre as decisões parlamentares majoritárias? Argumentos favoráveis à decisão judicial afirmam inexistir afronta à democracia, pois os direitos permanecem independentemente da vontade da maioria.

Para Dworkin, o Juiz pode transcender a letra da norma jurídica, desde que baseado em argumentos de princípio e na integridade do direito. Utiliza a metáfora do "romance em cadeia" que se traduz na ideia de coerência com o passado, sem desconsiderar a possibilidade de mudanças.

Dworkin preconiza que a coletividade pode até ficar pior em relação ao bem-estar, mas o direito individual não deve ser mitigado em razão disso.

Para agregar à presente dissertação, trazemos quadro adaptado da obra de Hunter (2005) que estabelece característica da obra do referido jusfilósofo.

| Elemento | Dworkin | Ely |
|----------------------------------|--|---|
| Ativismo Judicial | <ul style="list-style-type: none"> • Ativista Judicial – vê o papel da Justiça como primordial. | <ul style="list-style-type: none"> • Crítico da revisão judicial. Vê o papel do juiz como confinada aos casos em que há questões discretas ou insulares, e decisões confinadas a muito pouco. |
| Interpretação Judicial | <ul style="list-style-type: none"> • Abordagem robusta para interpretação. • Juizes em melhor posição para interpretar, como isolamento do processo político e das pressões. • As decisões tomadas dentro dos princípios que sempre existiram e são eternas, não como normas que o fluxo em resposta à sociedade. | <ul style="list-style-type: none"> • Pessoas ratificaram a Constituição. Interpretação pertence ao Legislativo, e não ao Judiciário, reforçando a interpretação constitucional. • Interpretação não pelo Judiciário. Mas que deveria ser papel ativo do processo político (Legislativo), aqui decisão da esquerda para aqueles que são eleitos. |
| Utilização de Princípios | <ul style="list-style-type: none"> • Visto como essencial. É a única coisa que temos em casos difíceis (penumbral). Pode invocar política para tomar decisões em todos os casos, e estes princípios não sejam carregados de valores e mudanças, mas atemporais. | <ul style="list-style-type: none"> • Não há lugar para o uso do princípio pelo Judiciário, desde a tomada de decisão deve estar nas mãos do Legislativo. |
| Papel da Política | <ul style="list-style-type: none"> • Não para o Poder Judiciário - deve estar nas mãos do governo, como eles são melhores equipados para decidir a política, e são parte do processo político. | <ul style="list-style-type: none"> • Interpretação não para o Judiciário. Mas que deveria ser papel ativo do processo político (Legislativo), aqui decisão da esquerda para aqueles que são eleitos. |
| Utilização de Precedentes | <ul style="list-style-type: none"> • Ferramenta importante na interpretação judicial – ilustradas pela utilização do romance em Cadeia, em que todas as decisões tomadas por juizes se juntam para formar nova cadeia de evolução e que continua a “história judicial”. | <ul style="list-style-type: none"> • Papel do legislativo no processo interpretativo garante um uso mínimo ou o valor do Precedente. |
| Regras da Constituição | <ul style="list-style-type: none"> • Essencial para a Interpretação Judicial, e um dos pilares da interpretação. | <ul style="list-style-type: none"> • Pessoas ratificaram a Constituição. Interpretação pertence ao Legislativo, e não ao Judiciário, reforçando a interpretação constitucional. |

Quadro 1: Análise Comparativa entre Dworkin e Ely
 Fonte: Adaptado de Hunter (2005, p. 96-97)

Por outro lado, existem os defensores da Supremacia do Parlamento, para quem questões controversas a respeito de direitos em desacordo devem então ser decididas pelo povo ou por seus representantes. A retirada desses direitos do debate político, com o intuito de protegê-los, fere o ideal democrático e de autogoverno. Neste, o Judiciário pode avaliar a compatibilidade de uma norma com a constituição, mas deve devolver a análise da invalidez ao Legislativo.

A postura acima pode ser extraída no nosso entender, da obra da Finnis, ainda que indiretamente, quando preconiza que em situação de leis injustas, o próprio legislativo é quem deve rever sua posição.

Para nós, contudo, as denominadas Teorias da “Última Palavra” pelo Professor da Universidade de São Paulo, Conrado Hubner Mendes⁴⁹, em situações de grave dissenso político, como Aborto, acabam por centralizar a decisão e não devem representar a postura de um Estado Democrático de Direito.

Para nós, a postura dialógica é a ideal quanto à concretização das normas constitucionais já que convoca os Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário) a assumirem sua parcela de responsabilidade na construção compartilhada de soluções constitucionais.

Nesse contexto, é preciso deixar assente que já existem institutos, como o da audiência pública, que permitem uma interlocução entre poderes, no exercício da jurisdição constitucional. É óbvio, no entanto, que a simples existência desses elementos não o tornam efetivos, por isso a necessidade de uma abordagem mais ampla da jurisdição constitucional que considere as efetivas maneiras de interação entre os poderes, em vez de encerrar o tema na palavra final de algum dos Poderes constituídos.

Nessa dinâmica dialógica e interativa não deverá haver o que Conrado Hubner Mendes chamou de “guardião entrincheirado” ou um “legislador acanhado e deferente”, mas dois Poderes engajados no exercício da persuasão e construção da decisão, ainda que provisória.

⁴⁹ MENDES, Conrado Hubner. **Direito Fundamentos, Separação de Poderes e Deliberação**, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>> Acesso em: 08 out. 2018.

4 CONCLUSÕES

A intenção na presente dissertação foi apresentar visões opostas sobre a temática do aborto principalmente se considerarmos que o tema vem sendo discutido em audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Nessa medida, entendemos razoável exigir o respeito ao direito à vida do nascituro respeitadas as exceções legais.

As concepções que escolhemos para análise do aborto foram as de Ronald Dworkin e de John Finnis, já que antagônicas, como forma de trazer argumentos favoráveis e contrários para que o leitor possa formar opinião própria e, atentando-se para a realidade brasileira, saiba qual teoria possui maior aplicabilidade.

Dworkin desenvolveu uma teoria que trata da capacidade judicial de tratar os casos concretos coerentemente com a história institucional da comunidade política. Finnis, por outro lado, tenta encontrar no raciocínio jurídico um conjunto de valores naturais cuja defesa inicia, ao menos explicitamente, com a teoria do direito natural de Tomás de Aquino.

Em suma, Ronald Dworkin cria a figura do Juiz Hércules para tratar do direito como integridade, vale dizer, algo coerente e capaz de conferir uma única resposta correta com base em princípios de moralidade que legitimam suas decisões, não havendo o que se falar discricionariedade judicial para o referido autor.

Para o jusfilósofo, o raciocínio jurídico deve ser um exercício de interpretação construtiva, de que o nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas. A integridade e a imparcialidade devem ser a base para a aplicação do Direito de forma coerente e justa, mas imparcial.

Quanto à questão do aborto, Dworkin entende que a interrupção da gravidez em sua fase inicial é moralmente aceitável, porém ignora que no centro do direito estão o homem, sua dignidade pessoal e a essencial igualdade de todos os homens.

Por outro lado, Finnis reconhece a existência de um modelo universal onde se pode inferir a definição de vida boa, em última análise; dá um valor intrínseco à vida, chamando-o de direito inviolável.

Identifica a vida dentre sete bens básicos, que não podem ser hierarquizados, pois não podem ser usados de modo a afetar ou um ou os demais, pois essa conduta não é moralmente aceitável.

Para Finnis é relevante qualquer violação da vida de uma pessoa, desde a fecundação – incluído aí o aborto –, dentro de uma orientação aristotélica e tomista, como exposto na presente dissertação.

Se não bastasse isso, em Finnis, o Direito deve ser devidamente fundamentado, sob o risco de existirem leis injustas. A fim de resguardar a autoridade da lei, seja por conclusão, seja por determinação, é razoável afirmar que a validade ao direito é outorgada pelo direito natural.

Assim, na obra finnisiana apenas o direito natural é capaz de servir de modelo para um direito válido, pois o seu exemplo de direito não admite outra forma de preenchimento a não ser pelo direito natural.

John Finnis retomou a categoria da razoabilidade prática, ela própria, um bem humano básico cujos requisitos, também por ele identificados em uma lista, promovem a transição do bem (o qual é apreendido introspectivamente) para o certo (o qual pode ser realizado na prática).

Diante das posições contrárias, restou evidenciado que o “ativismo” é uma prática recorrente dos tribunais para concretização de direitos previstos na Constituição, se considerarmos a falta de representatividade do legislativo.

Além disso, verificou-se que, apesar de o exercício da jurisdição constitucional ter sido conferido pelo legislador constituinte ao Judiciário, parcela da doutrina entende que tem ocorrido uma extrapolação de limites de sua atuação, interferindo indevidamente no âmbito dos demais poderes, como parece ter ocorrido no multicitado *habeas corpus* 124306/RJ.

No embate entre Legislativo e Judiciário para definir quem tem a última palavra sobre a interpretação de direitos, a doutrina mais moderna vem propondo a adoção de diálogos institucionais, em que não haveria um detentor da última palavra, mas a possibilidade de essas instituições atuarem de forma compartilhada.

A temática da descriminalização do aborto foi o “pano de fundo” para a discussão sobre os lugares institucionais ocupados por cada um dos Poderes que não podem mais ser utilizadas como sinônimo de fronteiras intransponíveis.

Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar questões com graves dissensos morais razoáveis, como o aborto.

Por outro lado, exceto do ponto de vista processual, a concepção de que o Judiciário deve possuir a palavra final para a resolução dos conflitos precisa ser mitigada. O Judiciário pode vir a ser o *locus* final de um conflito, mas, não obrigatoriamente.

Assim, diante da demanda para que os parlamentares observem os direitos fundamentais na formulação de seus projetos legislativos, também pode ser formulada a demanda para que os juízes respondam os conflitos que lhes são apresentados de maneira dialógica. Em razão da perspectiva única que os juízes podem fornecer para os casos e da expectativa de maior durabilidade das respostas formuladas por eles para questões constitucionais, precisa-se considerar, em termos mais amplos, a necessidade da continuidade da conversa entre os ramos do Poder e o povo, ou seja, a manutenção dos espaços públicos de deliberação.

Com base nisso, o direito e a política precisam de ‘últimas palavras provisórias’ e de uma continuidade. Dito isso, percebe-se que a política é uma forma social complexa, a qual pressupõe que os desacordos devam ser resolvidos através dos meios institucionais estabelecidos, mas, de igual forma, pressupõe que os atores políticos irão continuar a discordar a propósito de suas agendas e objetivos políticos. O direito, lado outro, está centrado na presunção da formação de acordos, mas não necessariamente no fato de que consensos serão alcançados.

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito possui como teste sua capacidade de manter um conjunto institucional ao longo do tempo, mas, de igual forma, fazer com que tais instituições possam ser objeto de atualizações que venham a adequar eventual dicotomia entre o direito e a política.

Assim, ainda que a estrutura institucional da decisão judicial demande que as partes defendam seus casos com argumentações como se elas pudessem ser objeto de respostas definitivas, a busca por consensos no espaço jurídico não pode ofuscar o Judiciário para os fatos políticos que pulsam na vida social e que animam a vida em sociedade. Eis que, a discordância a respeito das decisões judiciais pode sempre reavivar controvérsias políticas e, até onde a vista alcança, as formas mais aprimoradas de resolução das tensões.

Em suma, o tema exige um debate mais amplo do que o proposto na presente dissertação e independentemente do resultado é crível que a decisão deva partir de uma solução compartilhada (dialógica e ainda que provisória) entre os atores interpretativos de determinada

constituição numa dada comunidade, principalmente, em situações de graves desacordos morais razoáveis, como o aborto.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Introdução à teoria e à filosofia do direito** / Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira; prefácio: Nelson Nery Junior; posfácio: Lenio Luiz Streck. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 573 p.

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián, 1988. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>

_____. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 593

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, n. 4, jan/fev. 2009, Brasília: OAB Editora. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 out 2018, p.2.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em 10 out 2018.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito – Os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Livraria do Advogado, 2010.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007, p. 763

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 397.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Proteção do Direito à vida: A Questão do Aborto**, 2002. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/677>> Acesso em: 05 out. 2018.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Trajectoria da revisão de constitucionalidade no desenho institucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização**. Sociologias. Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 176-207, jan./abr. 2010.

CASAMIGLIA, A. Prólogo a DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em serio**. 5ª reimpressão. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho. 2002. In LEITÃO, Macell Cunha.

A (in) correção da tese da resposta correta e sua utilização como ideia reguladora da hermenêutica jurídica. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9cea10c7ff109c6e>. Acesso: 19 set. 2018.

CITTADINO, Gisele. **Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Revista Alceu, v.5 n.9, jul./dez.2004, p. 108. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf

DEARING, James D.; ROGERS, Everett. *Communication concepts 6: agenda-setting*, Thousand Oaks. CA: Sage, 1996.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: *Life's Dominion*]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 202-203.

DWORKIN, Ronald. Unenumerated rights: whether and how Roe should be overruled. *The University of Chicago Law Review*, v. 59, n. 1, p. 381-432, Winter, 1992..

Idem.. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

Idem.. *A matter of principle*. New York: Oxford University Press, 1985.

Idem.. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Idem. *Life's dominion*: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom. New York: Knopf, 1993.

Idem. *Freedom's Law*: the moral reading of the American Constitution. New York: Oxford University Press, 1996.

Idem.. *Sovereign virtue*: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust (a theory of judicial review)*. 14. ed. Cambridge: Harvard University, 2002.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números - O Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

FINNIS, John Mitchell. **Lei Natural e Direitos Naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FINNIS, J. *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. **Direito Natural em Tomás de Aquino**. Sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007a.

_____. **Lei natural e direitos naturais**. São Leopoldo: Unisinos, 2007b.

_____. *Moral absolutes: Tradition, revision and truth*. Washington, D. C.: The Catholic University of America Press, 1991. A FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DOS DIREITOS HUMANOS EM JOHN FINNIS 83 REVISTA DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

_____. **Revisitando os fundamentos da razão prática.** In: TEIXEIRA, A.;

OLIVEIRA, E. (Orgs.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico.* Barueri: Manole, 2010.

_____. **Fundamentos de ética.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Lei Natural. Por que chamar de “lei”? Por que dizê-la “natural”?** In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral.* São Leopoldo: Unisinos, 2013.

GREEN, L. *Legal positivism.* Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2015.

GEORGE, Robert P. *Embryo: A defense of Human Life.* New York: Doubleday, 2008a.

_____. *Embryo Ethics.* In. *Daedalus*, vol. 137, No 1, On Life. Cambridge: MIT Press,(Inverno, 2008b), pp. 23 – 35.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. s/d. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución (estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta).* Trad. Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

HARE, R. M. **Abortion and the Golden Rule.** *Philosophy and Public Affairs.* V. 4, N. 3, 1975, p. 208. Disponível em: <https://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PPP504/Hare%20R.%20M.%2C%20Abortio%20n%20and%20the%20Golden%20Rule.pdf>

Informe da ONU sobre o aborto no mundo (2011). Disponível em: <http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>

LIMA, Flávia Santiago, **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 221.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã.** Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito, Recife, n. 11, p. 125-156, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial.** *Revista Jurídica Virtual,* Brasília, vol. 1, n. 8, jan. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Atlas, 24 ed., 2006, p.62

MOREIRA, A. M. **A possibilidade de abordagem éticomoral no raciocínio jurídico: o aborto na visão de Dworkin e Finnis**. Tese de Doutorado em Filosofia – PUC - Rio Grande do Sul, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente?** In: CRUZ & SAMPAIO, Alvaro Ricardo de Souza e José Adércio Leite (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 82.

PIMENTEL, Sílvia; VILLELA, Wilza. **Um pouco da história da luta feminista pela descriminalização do aborto no Brasil**, cit., p. 20. In RODRIGUES, Renata de Lima. análise do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus n. 124.306/RJ e seus fundamentos para descriminalização da interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gestação. *Revista Brasileira de Direito Civil | ISSN 2358-6974 | Volume 10– Out / Dez 2016*. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_06_jurisprudencia-comentada.pdf

_____. **A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis**. Dissertação de Mestrado. PUC-RJ. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF. Acesso em: 28 jun. 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RODRIGUES, Paulo Joaquim da Silva. **A importância do Poder Judiciário na tradição liberal: Locke, Montesquieu e “O Federalista”**. *Revista Ensaios*, Vol.11, julho – dezembro de 2017. ISSN 2175-0564.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **O conceito de Sistema Jurídico em Herbert Hart**. *Boletim Conteúdo Jurídico* ISSN – 1984-0454, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-conceito-de-sistema-juridico-de-herbert-hart,45956.html>. Acesso: 02 out. 2018.

SANTOS, Diego Prezzi; RODRIGUES, Rene Chiqueti. **Resenha do Livro Lei Natural e Direitos Naturais**. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 15, 2015. Disponível em: . Acesso em: 30 jun. 2016.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Do direito a não sentir dor: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental**, cit., p. 30-31. Tese de Doutorado. UFMG: 2014.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006, p. 147-150.

TÄNNSJÖ, T. **Our Right to In Vitro Fertilisation – its scope and limits.** Journal of Medical Ethics, vol. 34, n. 11, 2008, p. 804.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45: 29-46, mar. 2013.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.
_____. **A dignidade da legislação.** Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2003.