

Raphaella Mattêa Abbiati

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar o problema da interpretação constitucional a respeito da anencefalia. Iniciamos com a definição de bioética e biodireito e a contribuição destas ciências para a questão. Em seguida, adentramos a questão da interpretação vemos que os conceitos do direito civil clássico são inadequados e verificamos que não há como usar a jurisprudências de conceitos porque não se pode ter uma certeza sobre estes assuntos. A teoria da discursividade do direito, por sua vez, não trata da certeza, mas da informação e discussão democrática. É correto o que foi decidido após ter todas as informações possíveis sobre o assunto. As diversas respostas sobre a questão da legalidade do abortamento de fetos portadores de anencefalia decorrentes da adoção de diferentes métodos. Por fim, estabelece a Teoria Discursiva como uma solução política para o problema que é mais político e moral do que jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Aborto. Anencéfalo. Interpretação. Teoria Discursiva.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the problem of constitutional interpretation to about anencephaly. We begin with the definition of bioethics and biolaw and the contribution of these sciences to the question. Then we enter the question of interpretation we see that the classical concepts of civil law are inadequate, and we find that there is no way to use the concepts of jurisprudence because you can not have certainty on these issues. The discourse theory of law, in turn, is not about certainty but the information and democratic discussion. Is it right what was decided after all possible information on the subject. The various responses on the question of the legality of abortion of fetuses with anencephaly resulting from the adoption of different methods. Finally, it establishes a Discursive Theory as a political solution to the problem is more political and moral than legal.

KEYWORDS: Constitutional Law. Abortion. Anencephalic. Interpretation. Discourse Theory.

SUMÁRIO

O avanço nas técnicas de Medicina Fetal somado à ausência de terapias viáveis acendeu o debate sobre o direito das mulheres à interrupção da gestação em casos de anomalias incompatíveis com a vida.

Durante o período em que estas técnicas estiveram restringidas à medicina privada, as decisões estavam fundamentadas em uma ética individual. Cada caso era particular e estava protegido pelo sigilo médico e apoiado em uma solidariedade dos médicos com o sofrimento das mulheres. Assim, o sigilo e a solidariedade com o sofrimento foram dois princípios que distanciaram a questão da interrupção da gestação em casos de inviabilidade fetal do debate sobre a moralidade do aborto no Brasil. Poucas foram as mulheres que foram à Justiça buscar autorização para a interrupção da gestação.

Foi em meados dos anos 90, com a popularização da ecografia na medicina pública, quando a pergunta sobre o que se deve fazer ante um diagnóstico de inviabilidade fetal ultrapassou as fronteiras dos consultórios e hospitais e alcançou os tribunais, que essa situação começou a mudar.

As negociações sobre qual é a melhor decisão não ficaram então mais restritas à uma ética individual e o sigilo já não era uma garantia para o exercício da solidariedade entre médicos e mulheres grávidas.

O debate sobre qual a melhor decisão ante o diagnóstico de inviabilidade fetal passou a ser intensamente discutido nos circuitos médicos e jurídicos brasileiros nos últimos anos.

1 BIOÉTICA E BIODIREITO

Bioética e Biodireito são conceitos que não se confundem. A Bioética surge como consequência do conhecimento biológico, buscando o conhecimento a partir do sistema de valores.

Frise-se que Biodireito, ramo do Direito, e a Bioética, ramo da Ética e da Filosofia, não são considerados sinônimos e por isto, não podem ser usados indistintamente.

O estudo bioético tem por objetivo desenvolver argumentos racionais, que fundamentem valores e princípios envolvidos, bem como, a partir dessa argumentação, traçar recomendações para solução de problemas (BARRETO, 2006).

Para Barreto (2006), a Bioética trouxe do nascedouro algumas características. A primeira delas é a de ser pluridisciplinar, ela é parte, mas, na realidade, ultrapassa a ética médica. A segunda é que a Bioética é um discurso e uma prática, pois se materializa não na

teoria acadêmica, mas na prática dos hospitais, nos comitês de Bioética e na formulação de políticas públicas.

E conclui:

A questão epistemológica central da Bioética reside na constatação de que não se trata de uma moralidade canônica, estabelecida por uma autoridade religiosa ou política que impõe a sua concepção moral própria. Isso porque a sociedade pluralista em que vivemos não comporta uma mesma resposta para os problemas morais, mas múltiplas interpretações de diferentes códigos morais, pertencentes a diversas comunidades. A Bioética é, assim, considerada como sendo necessariamente plural, e pode ser caracterizada "como uma lógica do pluralismo, como um instrumento para a negociação pacífica das instituições morais".

O objeto de conhecimento da Bioética, sendo essencialmente a vida e a morte do ser humano, faz com que as soluções encontradas pela sociedade para suas interrogações morais reflitam-se no Biodireito e nas políticas de saúde. A análise da transição dos princípios da Bioética para o Biodireito deve, portanto, realizar-se não no quadro da abstração teórica, mas no contexto da diversidade moral e do pluralismo, característico da sociedade contemporânea. Discute-se, nesse contexto, uma racionalidade que possa guiar o cidadão de uma sociedade plural e democrática em questões relativas à esfera da dignidade humana e da sua natureza peculiar. Não se trata, portanto, da definição de normas que regulem a atividade profissional do médico - para isso existe o Código de Ética Médica -, mas da assunção pela sociedade da responsabilidade de definir procedimentos que preservem, em face das descobertas científicas e suas aplicações tecnológicas, a dignidade da pessoa humana (BARRETO, 2006, p. 106).

O Biodireito incorpora os princípios da Bioética. "O Biodireito não se limita a um correspondente jurídico da Bioética. Compreende o conjunto de normas jurídicas que regem os fenômenos resultantes da Biotecnologia e da Biomedicina, também estudados pela Bioética" (BARRETO, 2006, p. 101).

Para José Alfredo de Oliveira Baracho, "O futuro da Bioética e do Direito está interligado aos novos deveres-direitos humanos [...]" (2000, p. 77). Aqui está a nossa questão. As descobertas científicas estão redimensionando a vida social. Novas perguntas estão sendo

feitas. Perguntas que eram impensáveis há tempos atrás. A Bioética nos aponta alguns caminhos, não apenas um caminho.

2 INADEQUAÇÃO DOS CONCEITOS CLÁSSICOS DO DIREITO CIVIL

Os fundamentos nos quais se baseavam o direito clássico mudaram. As novas descobertas científicas colocaram questões nunca antes imaginadas por um pensador do direito. Em decorrência destas mudanças tecnológicas pergunta-se se tudo que é tecnicamente possível também o será ética e juridicamente?

Nas palavras de SÁ & NAVES:

O embrião humano se encontra suficientemente protegido, sem risco de se anular a dignidade humana? Há uma liberdade de morrer? Há de serem empregados todos os recursos biotecnológicos para prolongar um pouco mais a vida de um paciente terminal? Há de serem utilizados processos terapêuticos cujos efeitos são mais nocivos do que os efeitos do mal a curar? O que fazer com os nascituros portadores de doenças congênitas do sistema nervoso central, cujas vidas, se mantidas obstinadamente, significarão a condenação ao sofrimento permanente ou a estado vegetativo de vida? Como tratar a possibilidade de mães pós-menopausa ou substitutas? E os casos de inseminação artificial *post mortem* e a fertilização *in vitro*, concebendo-se um ser humano fora do útero para ulterior implantação? (2009, p. 16).

Para Maria de Fátima e Bruno Torquato, os problemas são muitos, e em face da complexidade das questões, não podem ser resolvidos pelo Direito Comum, afigurando-se o Biodireito como o mecanismo de resposta. “Ora, os problemas atinentes a esse ramo do Direito têm uma força descodificadora própria, porquanto demandam instrumental próprio já que nas questões discutidas coexistem o público e o privado, o penal e o civil” (SÁ & NAVES, 2009, p. 16). E para complicar ainda mais a situação, os temas sob análise do Biodireito são revestidos de valores morais e religiosos.

Portanto, indubitavelmente, a evolução tecnológica demonstrou a inadequação de alguns conceitos do Direito Civil. Dessa forma, o estudo destes problemas, deve ser realizado à luz da Teoria da Constituição contemporânea, ou seja, a construção da norma a partir da

interpretação do sistema de princípios jurídicos. Em outras palavras, os princípios jurídicos são normas jurídicas e não valores, exigindo uma mudança de postura do operador do Direito.

Segundo DWORKIN, a decisão deve partir do caso concreto, e por meio de processo reconstrutivo atingir alto grau de abstração de forma a revelar o princípio referente ao caso (2006).

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

As normas constitucionais de conteúdo bioético constituem uma categoria ou conjunto normativo-constitucional que compõem as normas de caráter fundamental, pois recepciona os valores e princípios morais que conformam a conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde (TAVARES, 2006a).

Ensina-nos André Ramos Tavares que

Toda Constituição é composta por um sistema de normas, tal como o restante do ordenamento. Sublinhe-se, neste ponto, que se trata de um sistema normativo em toda exceção, da necessária imperatividade. Apenas ocorre que a Constituição, por ser fundamento das demais normas, ancora os principais valores a serem absorvidos e resgatados em sua necessária desenvoltura ulterior, pelo restante das normas integrantes do sistema jurídico (2006b, p. 47).

É a partir do entendimento dos Valores Fundamentais que se compreende o verdadeiro significado das normas constitucionais.

Modernamente, tem-se aceito a existência de duas espécies de normas constitucionais, as regras e os princípios, ambas dotadas de aplicabilidade, apesar do maior grau de abstração e abertura desta última (BONAVIDES, 2008). Tanto as regras quanto os princípios incorporam determinados valores, sendo a estes últimos atribuídos uma maior carga valorativa, tanto que se afirma que "os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores" (BONAVIDES, 2008, p. 259).

Sarlet (2009), ressaltando a característica da fundamentalidade, ensina que preceitos fundamentais poderão ser considerados como todas as normas constitucionais, ainda que não

expressamente positivadas, enunciando princípios e direitos fundamentais, evidentemente não restritos aos Títulos I e II da nossa Carta Magna.

O regime jurídico constitucional da bioética encontra-se conformado por diversos preceitos inseridos na Constituição, a maioria deles fundamentais, o que confere a esse regime um caráter de especial dignidade constitucional.

Já no preâmbulo da Lei Fundamental, o poder constituinte originário estabeleceu o objetivo de:

Instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Aqui se observa a dimensão teleológica do Estado, e em termos bioéticos pode-se fundamentá-la numa perspectiva solidária, aberta ao pluralismo e sem preconceitos.

O art. 1º da Lei Fundamental estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Nesse aspecto, fica clara a vinculação entre a dignidade humana e bioética, pois esse é o valor fonte que lhe conforma. Quanto à cidadania no aspecto bioético, está a perspectiva de participação popular na formação do consenso em torno de uma ética solidarista aplicada à vida e à saúde do ser vivente.

No art. 3º da Carta Magna estão os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Todos, objetivos conformadores do regime jurídico-constitucional da bioética.

No art. 5º da Constituição se inserem todos os incisos que densificam os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como componentes do regime jurídico constitucional da bioética.

4 INÍCIO DA VIDA HUMANA, DIREITO À VIDA E PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

Pode-se definir a morte de um ser humano “a partir da parada de funcionamento do cérebro, morte cerebral, conceito esse evoluído através dos tempos para permitir a doação de órgãos”. Por isso, vários pesquisadores se perguntam se o início da vida humana também não deveria ser a partir do início da atividade cerebral? (LIMA, 2008).

Para LIMA, há quatro posicionamentos com relação ao início da vida humana:

- a) as que defendem que o início da vida começa com a fertilização;
- b) as que defendem que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero;
- c) as que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral e
- d) as que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião (2008, p. 31).

É importante para o ordenamento jurídico essa definição do início da vida humana, para determinar a partir de que momento haverá personalidade jurídica, que é tutelada pelo Direito (LIMA, 2008, p. 32).

A Constituição Federal de 1988, reza no artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Segundo o Ministro Carlos Ayres de Britto, no julgamento da ADI 3510:

[...] Nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se

reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. Acórdão da ADI-3510. Relator Carlos Ayres de Brito

Para os que defendem o aborto, só há “direito à vida” para o “indivíduo que já se tornou pessoa, inclusive com atributos da personalidade, e aí sim, seria crime qualquer atentado contra si”. Como o nascituro ainda não é pessoa, não constitui crime abortá-lo.

Para Peixoto (2009):

Consoante os dados acima destacados, pode-se chegar à seguinte conclusão: os fetos anencefálicos não nascem com e para a vida, mas sim irremediavelmente para a morte. É uma certeza científica da qual não resta dúvida alguma, apesar do que dizem as crenças pessoais de cada pessoa.

[...]

Para que houvesse crime de aborto o fato deveria ser necessariamente típico, antijurídico e culpável, porém, no caso do anencéfalo, o feto não é considerado vivo pelos critérios legais existentes na atualidade. É natimorto, de modo que se este não é ser vivo, há absoluta impropriedade do objeto jurídico visado pela conduta.

De outro lado, os que são contra o aborto, defendem que o nascituro é pessoa:

E ainda que não seja assim considerado por alguns, bastaria estar vivo dentro do útero, pois o crime é contra a vida do ser, não contra a denominação biológica que se queira dar ao feto. Trata-se de um ser humano, e assim o é, porque descende da espécie humana. Não se pode dar tratamento “coisificado” ao feto, considerando-o como um ser inanimado (salvo se já estiver morto) ou como um animal de outra espécie (porque biologicamente impossível) (LIMA, 2006, p. 42).

Na opinião Villela:

A dignidade da vida não depende de sua higidez. Nem de sua duração. Onde quer que esteja presente o sopro da vida humana, aí está um valor intocável, ante o qual todos nos devemos curvar. Isso é particularmente verdadeiro em relação à fé. Nascido com vida, o anencéfalo acha-se proposto, na invalidez de seu corpo frágil, ao sacramento do batismo.

Recebendo-o, incorpora-se definitivamente ao Corpo Místico de Cristo. Pouco importa que, ato contínuo, sobrevenha a morte. Tal como o Código Civil, a comunhão dos santos não exige o requisito da viabilidade.

[...]

Os anencéfalos, sabemos todos, não têm sobrevida longa. Pelo menos não a têm no estágio atual da ciência. Participam fugazmente do banquete da vida. A força vital que carregam até o nascimento está preordenada no mistério da criação, a esse breve momento de luz e comunhão conosco. Por que substituir “o fluxo da vida” pela nossa vã ciência e nossa fé, antes avara que generosa? (*apud* TEIXEIRA & VALADARES, 2009).

Para os adeptos do direito a vida não tem importância o fato de o anencefálico ser fisicamente deformado. Isto não impede que lhes atribuam as garantias jurídicas da personalidade. O nascimento com vida, consoante o artigo 2º do Código Civil, tem o condão de torná-lo um sujeito de direitos. Por decorrência, tendo vida, seus direitos não podem ser negados:

Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Tal assertiva, como se verá adiante, não exclui o entendimento de que, na verdade, por conta da interpretação de toda a legislação à luz da Constituição, mesmo antes de nascer com vida o ser humano já é sujeito de direitos.

Nosso ordenamento jurídico confere proteção jurídica ao nascituro, não admitindo a existência plena de direito sem sujeitos. O nascituro, portanto, já tem tutela jurídica e não uma mera expectativa, o que lhe proporciona uma proteção total, e não fracionada de seus direitos: “Pode não ter personalidade, pois, personalidade é uma ficção jurídica, criada pelo direito positivo, mas, certamente, já é um ser com vida e em formação” (MENEZES, 2009).

5 A DISCURSIVIDADE DO DIREITO

A questão-problema de o nascituro ter ou não personalidade de maneira alguma é nova e ela é mais ligada a uma moral aceita pela sociedade do que uma questão do que é certo

ou errado. Talvez fosse mais acertado mudar a pergunta: em que condições alguém seria detentor de personalidade?

Parte-se de pressupostos diferentes da teoria tradicional da personalidade: a personalidade não é algo natural ao homem, como aptidão inerente ao ser humano para ser sujeito de direitos e deveres, mas um referencial de imputação, construído na práxis jurídico-discursiva. Ninguém é ontologicamente pessoa; não há uma essência do ser que o torne pessoa no mundo jurídico, mas uma construção histórico-argumentativa a partir de uma situação jurídica concreta (CHAMON JUNIOR, 2006).

Raciocinando a partir de situações jurídicas, as teorias que procuram explicar o início da personalidade são irrelevantes para atribuição da personalidade, porque essa somente se conforma diante da realidade situacional.

As teorias biológicas que explicam o início da personalidade jurídica são úteis em um discurso de justificação, pois a justificam moral, física ou psicologicamente. Se o direito subjetivo não paira sobre nós, mas é alcançado argumentativamente, não precisamos recorrer àquelas teorias para atribuir personalidade ao nascituro. Esse, como referencial de imputação, pode participar de situações jurídicas, e é isso que lhe confere personalidade.

Portanto, não há uma “verdade” que deva ser descoberta pelo direito. Essa “verdade” é argumentativa. Vence o melhor argumento.

Genericamente, podemos afirmar que existem duas posições no que diz respeito a essa argumentatividade: a jurisprudência dos valores e a teoria discursiva do direito.

Para a teoria discursiva do direito, a sociedade atual, multicultural e racionalista rejeita tanto a metafísica religiosa dos antigos, quanto o apelo à legalidade do positivismo, como mecanismos de legitimação do Direito. A pergunta principal é de como integrar socialmente “mundos” pluralizados, ou seja, culturalmente diferentes?

Todavia, num mundo plural, com distintas construções de fundo ético, com valores substantivos diversos e às vezes contraditórios, como a moralidade poderia sustentar a legitimidade do Direito? Como ela poderia garantir a integração social e a estabilização de múltiplas e diferentes expectativas de comportamentos?

Na modernidade, o consenso valorativo material de formas específicas de vida reduz-se ao campo da ética, mas não tem condição de, por si só, racionalmente, fundamentar a práxis jurídica. Por conseguinte, a moralidade

deve transcender as diversas visões de mundo, com enunciados derivados de um diálogo público e racional, incluindo tanto concepções individuais quanto coletivas sobre a noção de vida digna.

Tais concepções não devem constituir-se no interior de um único mundo da vida, ou seja, sob a ótica de uma ética padrão, mas a partir de uma deliberação racional baseada na universalização dos interesses em questão (SOUZA CRUZ, 2006, p. 131).

Este é o nosso caso. Como integrar as posições da Igreja e dos cientistas. A legitimidade do Direito advém da imposição coercitiva do Direito pelo Estado que deve estar conectada a um processo legislativo racional. Para esta teoria, a população deveria ter a oportunidade de “falar”, e dentro desse critério deveria haver a inclusão de todos interessados em um “espaço de diálogo”, em princípio a representação através dos congressistas. A democracia exige o direito de todos participarem das deliberações que certamente influenciam seu cotidiano e sua visão de vida digna. Para esta teoria, a decisão tomada no Congresso Nacional, Assembléia Estadual e Câmara Municipal é soberana. Não cabe ao juiz criar o direito, ele tem que se basear na legislação.

Nas palavras de Oliveira:

O constitucionalismo democrático necessita da atuação de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia, na garantia das condições processuais para o exercício da cidadania, que leva em consideração as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir (2009).

A outra solução, oposta a teoria discursiva, propõe que, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana identificaria um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. O respeito a seu núcleo central deveria pautar a criação/aplicação normativa, independentemente da crença que professe ou da origem do responsável pela prática do provimento estatal. A dignidade relacionar-se-ia tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência (SARLET, 2009).

Ou seja, o conteúdo do valor da dignidade humana seria um norte seguro para que as decisões judiciais fossem sempre racionais e ao mesmo tempo consentâneas com os valores

mais caros à humanidade. Por meio dele, o intérprete seria capaz de alcançar a resposta correta.

Para Oliveira:

Esse entendimento judicial, que pressupõe a possibilidade de aplicação gradual de normas, ao confundi-las com valores, nega exatamente o caráter obrigatório do Direito. E tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia, desse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política compartilham de um modo comunitarista os mesmos pressupostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo (2009).

E acrescenta, que esta posição:

[..] judicializa a política e a julga à luz de pretensos valores supremos da comunidade, a que os tribunais superiores teriam acesso privilegiado. Partidários desse tipo de ativismo judicial atribuem ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensa e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem, contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado de Direito. É o Judiciário, ou melhor, os Tribunais superiores e, na sua crista, o Supremo Tribunal Federal, quem deve zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização da democracia. Assim, o Supremo Tribunal Federal converter-se-ia em *guardião da moral e dos bons costumes*, uma espécie de sucessor do Poder Moderador, ou, quem sabe, do Santo Ofício, a ditar um *codex* e um *index* de boas maneiras para o Legislativo e para o Executivo. Trata-se, pois, de uma postura que esconde uma intolerância extrema e preconceituosa para com os processos políticos, com a qual quem perde, mais uma vez, é a cidadania (2009).

A diferença é que para a jurisprudência dos valores o princípio da dignidade humana tem um valor intrínseco e para a teoria discursiva do direito, ele não tem, deve ser deliberado pela sociedade. Dadas as diversas concepções de mundo em conflito, todas com suas razões, decide-se, deliberativamente, qual a solução a ser tomada.

Em nosso caso, não caberia ao Juiz decidir, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana se há ou não aborto. As religiões, a bioética, a medicina apontam caminhos para ser deliberados e escolhida, democraticamente, uma posição. Essa posição é argumentativa, ou seja, não contém a “verdade”, mas foi o melhor argumento.

Souza Cruz nos oferece a seguinte reflexão:

Pela história, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em um determinado momento, Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá. Não há exagero em fazer uma analogia desta história com o que ocorre no cotidiano das práticas jurídicas. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não sabem de sua força. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem dessa “síndrome de abdula”. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados / adjudicados / atribuídos por aqueles que têm o *skeptron*, é dizer, a fala autorizada. Não se consideram dignos-de-dizer-o-verbo. Perderam a fé em si mesmos. Resignados, esperam que o processo hermenêutico lhes aponte o caminho-da-verdade, ou seja, “a correta interpretação da lei”! Enfim, esperam a fala-falada, a revelação-da-verdade (2006, p. 4-5).

Para Sampaio:

Alguns doutrinadores duvidam até mesmo da tão propalada posição e capacitação privilegiadas dos juízes, que sustenta o Hércules dworkiano. Bem ao contrário, falam de um despreparo judicial, por exemplo, para enfrentar questões de natureza técnica, cuja complexidade escapa de profissionais do Direito, exigindo, portanto, a presença de especialistas e de informações que apenas o legislador ou a burocracia poderiam dispor mais adequadamente nos seus processos decisórios. Não bastasse isso, suspeitam das “virtudes judiciais”, decorrentes de sua formação e independência: “não há razões convincentes para acreditar que os juízes são melhores em deliberação moral e política do que são os membros de outros ramos de governo”, escreve *Cass Sustein*. Para o *Justice Brennan*, na linha do pensamento de *Blackstone*, “juízes não são guardiões platônicos nomeados

para exercer a sua competência de acordo com as predileções morais próprias”, nem “são oráculos, indiferentes às paixões de seu tempo”. Por essa razão é que não se pode esperar nada de previsível na construção jurisprudencial, senão “retóricas”, sentimento de, raiva ou preconceito”. Quanto à possibilidade de uma afirmação judicial de valores fundamentais da comunidade, lembremos, não passaria da imposição ou tradução dos valores de uma determinada classe social, especialmente, da classe média branca, ao restante da sociedade (2002, p. 89-90).

Sampaio noz traz uma notícia de jornal que bem ilumina a questão da interpretação do princípio da dignidade da pessoa jurídica por um juiz:

O juiz Milton Thibau, da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) de Minas Gerais, considera normal que um trabalhador seja transportado junto a animais, como porcos e os bois, em meio a fezes e estrume. Na sentença, o meritíssimo entendeu que, nestas palavras, “se o veículo é seguro para o transporte de gado, também o é para o transporte do ser humano”.

Na tentativa de justificar sua decisão, e aparentemente poupar o empregador do pagamento da indenização, sobrou até para Noé e sua arca. “Não consta que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais”, escreveu o magistrado.

[...] O juiz rejeitou a tese do Ministério Público do Trabalho de que houve ofensa à dignidade do ser humano. Na defesa, a Procuradora Yamara Viana de Figueredo Azze fez questão de lembrar que os trabalhadores devem ser transportados em caminhões adaptados com assentos e limpos, e com proteção para que eles não caiam.

[...] Apesar de ter sido absolvido no processo, sabe-se que, mais tarde, o proprietário da fazenda reconheceu os direitos dos bóias-frias e acertou com eles o pagamento da indenização informalmente. (Estado de Minas, 03.06.2003, p.15). (2009).

Assim, faz parte do atual debate constitucional brasileiro, a opção pela teoria discursiva do Direito ou pela ponderação de valores, defendida pela Jurisprudência dos valores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No problema do aborto está em debate a questão sobre o início da vida e o direito das pessoas a decidir sobre sua fertilidade. O aborto é levado a cabo para terminar uma gravidez não desejada.

Considerando o que foi dito, a importância das construções discursivas nas sociedades em geral radica em que estas exercem um poder em diferentes níveis. Por meio dos discursos se expressam as representações do mundo, se formulam e reproduzem ideologias e, por fim, os grupos exercem poder sobre os conhecimentos e opiniões das pessoas, de maneira a controlar indiretamente seus comportamentos.

No Brasil, como em outros países da região, é possível constatar que os discursos bioéticos se convertem em atores centrais na hora de tomar decisões frente a temas como o aborto, a reprodução assistida, a confidencialidade da informação, o consentimento informado, os protocolos de investigação, a morte cerebral, os transplantes de órgãos, entre outros. Uma boa parte destes discursos é pertinente ao âmbito da saúde sexual e reprodutiva das mulheres e não constituem um todo homogêneo, pois tem diferentes filiações - por exemplo, católica, laica, etc -, o que organiza um espaço de debate.

Se bem a reprodução humana e suas conseqüências constituem assuntos do âmbito privado, relacionados com a vida afetiva das pessoas, se converte em um tema político quando sua ocorrência faz surgir a necessidade de elaborar políticas públicas.

As diferenças ideológicas se baseiam em valorações distintas que - política, social e culturalmente - designam não só à maternidade, senão também, e talvez basicamente, ao exercício da sexualidade e da reprodução. Quer dizer, um fato íntimo se transforma em um fato político quando se lhe outorga um valor e uma importância específica na manutenção ou na modificação de uma ordem social.

Dentre várias e díspares visões de mundo, qual deve prevalecer? Pela pesquisa efetivada verificou-se que embora o mundo do direito tente fundamentar suas decisões numa jurisprudência de valores, como se os conceitos de princípios tais como o da dignidade da pessoa humana, da vida e outros tivessem um núcleo de direito natural, intrínseco, e que bastasse descobri-los, isso não acontece.

Para a teoria discursiva, estes princípios não têm um valor intrínseco devendo ser deliberado pela sociedade, ou seja, “dadas as diversas concepções de mundo em conflito, todas com suas razões, decide-se, deliberativamente, qual a solução a ser tomada”.

Dessa forma, nestes casos, não existem argumentos que consigam se elevar a outros. Cada qual tem o seu valor. A sociedade deve escolher qual a posição a ser tomada.

Este é o caso do aborto de feto anencefálico. Há várias visões de mundo a respeito da bioética e o biodireito dá sua contribuição para o esclarecimento do assunto. Contudo, cabe à sociedade a decisão final.

Assim, antes de o Supremo Tribunal Federal dar uma decisão judicial, cabe ao Poder Legislativo promulgar uma lei que resolva a questão. Contudo, os deputados têm receio de perder votos dada a amplitude do tema em questão e vão protelando o assunto.

REFERÊNCIAS

- Acórdão da ADI-3510.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>>. Acesso em: 13 de mai. 2012.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da bioética e do biodireito. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de filosofia do direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia.** Curitiba: Juruá, 2008.
- MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. **Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>>. Acesso em: 29 jun. 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro.** Disponível em: <www.tre-

pi.gov.br/novo/comum/getarquivo.jsp?tipo=1&id=930&idarq=984>. Acesso em: 01 jun 2012.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. **Direitos fundamentais da mulher: um olhar sobre a anencefalia.** Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/05_460.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **A violação dos direitos fundamentais no estado democrático de direito em face do decisionismo e da morosidade processual.** Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/jose_adercio_leite_sampaio.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição Brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 7, p. 106, jan./jul. 2006a.

_____. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006b.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Anencefalia e projeto parental: uma decisão do casal?** Disponível em: <http://www.pucminas.br/imagdb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20060410095719.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

Artigo aprovado em 26/08/2014 : Recebido em 26/06/2014