

DIREITO, DEMOCRACIA E RELIGIÃO NO JULGAMENTO DA ADPF 54 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LAW, DEMOCRACY AND RELIGION IN THE JUDGMENT OF ADPF 54 BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT

*Luciano de Carvalho Villa*¹

*Guilherme Scotti*²

RESUMO:

Julgamentos como o da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 colocam em evidência argumentos morais de alta complexidade, quase sempre perpassados por questões religiosas. Assim, a legitimidade democrática de decisões de nosso Supremo Tribunal Federal é questionada, uma vez que grupos – não tão minoritários – defensores de crenças religiosas particulares sentem-se excluídos do discurso jurídico. Por outro lado, a Constituição brasileira determina que o Estado e o Judiciário devam ser laicos. Portanto, tendo tal complexidade em mente, o presente artigo pretendeu estudar o relacionamento entre o discurso jurídico-constitucional e o discurso religioso no âmbito da mais alta Corte brasileira. O aprofundamento no discurso constitucional, especialmente pelo viés hermenêutico, permitiu uma melhor compreensão e tematização desse relacionamento que, por vezes harmonioso e em outras oportunidades de forma antagônica, nem sempre é devidamente explicitado em uma decisão judicial, fazendo parte dos fundamentos ocultos dessa decisão. A identidade constitucional brasileira depende do resgate de valores pré-constitucionais muitas vezes representados por narrativas religiosas para a garantia de uma mínima coesão política. No entanto, não se pode abrir mão daquilo que a Modernidade e o constitucionalismo representam: pluralismo.

PALAVRAS-CHAVE: Religião; Constitucionalismo; Direito Fundamentais; Hermenêutica; Aborto; Anencefalia; ADPF 54.

¹ Aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

² Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor Adjunto de Teoria e Filosofia do Direito da Universidade de Brasília.

ABSTRACT:

Cases such as the ADPF nº 54 in the Brazilian Supreme Court make evident moral claims of high complexity, often steeped in religious questions. Thus, the democratic legitimacy of the decisions of our Supreme Court is questioned, since groups with religious beliefs – not always minorities – feel excluded from legal discourse. On the other hand, the Brazilian Constitution stipulates that the State and the Judiciary must be secular. Therefore, with such complexity in mind, this paper aims to study the relationship between the legal and constitutional discourses and religious discourse within the Brazilian highest court. Deepening the hermeneutics of the constitutional discourse permits a better understanding of this relationship that, sometimes harmonious, sometimes conflicting, is not always fully explained in a judicial decision. The Brazilian constitutional identity depends on the rescue of pre-constitutional values often represented by religious narratives to guarantee a minimum political cohesion. However, we cannot give up what Modernity and constitutionalism represent: pluralism.

KEYWORDS: Religion; Constitutionalism; Basic Rights; hermeneutics; Abortion; Anencephaly; ADPF 54.

No ano de 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, formalizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS e que questionava a constitucionalidade da aplicação, por juízes e tribunais, do conjunto normativo dos artigos 124 e 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal³. A inconstitucionalidade estaria contida no entendimento de que a antecipação terapêutica do parto de fetos portadores da má-formação denominada anencefalia, inviabilizadora da vida extrauterina, estaria tipificada nos referidos artigos, constituindo crime de aborto. Por maioria, o Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação

³ “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

(...)

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

(...)

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

O julgamento mencionado mobilizou grupos da sociedade brasileira, tendo os argumentos religiosos ocupado boa parte dos discursos contrários ao pedido da ADPF. Dentre tais argumentos, ganhou especial destaque o de que a vida se iniciaria na concepção (tal como pregado por religiões cristãs), devendo a antecipação do parto de fetos anencefálicos ser considerada aborto, a despeito da ausência de viabilidade daquele feto. Decisões como essa, que envolvem questões morais de alta voltagem para a sociedade brasileira têm se tornado corriqueiras no cotidiano de nossa corte constitucional. Tendo em vista o inegável protagonismo da religião cristã na formação cultural brasileira, principalmente pela histórica influência católica e o recente crescimento da representatividade das igrejas evangélicas, inclusive no cenário político, decisões como essa têm a sua legitimidade constantemente questionada. Afinal, como coadunar a vontade soberana e democrática da sociedade brasileira com a defesa de direitos fundamentais – muitas vezes contramajoritários – na atuação do Supremo Tribunal Federal?

Habermas defronta-se com essa tensão quando tenta resgatar o projeto do Iluminismo através da sua Teoria da Ação Comunicativa. Ele propõe uma Razão Comunicativa, que se ligue a um macrossujeito sociopolítico, ou seja, um sujeito inserido numa realidade social e política e que depende da interação comunicativa com outros sujeitos, ao invés de uma Razão Prática adstrita a um ator singular (HABERMAS, 1997, p. 20). Porém, o agir comunicativo depara-se com a seguinte dificuldade: como conciliar direitos fundamentais com a soberania do povo? E, tendo em mente a pluralidade do mundo, como então conciliar as mais diferentes crenças e moralidades com um Estado pressupostamente “neutro”?

O aspecto laico do Estado brasileiro é o mote da argumentação desenvolvida pelo ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 54, em seu voto. Lembra, assim, que a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, estabelecia a religião católica apostólica romana como sendo a “Religião do Império”, constituindo o Estado brasileiro como um verdadeiro Estado confessional que, apesar de tolerar outras religiões, apenas as permitia como cultos domésticos e particulares. A laicidade adentra a ordem constitucional brasileira apenas por obra do parágrafo 2º do artigo 11 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, que vedava aos Estados e à União “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”. Todos os textos constitucionais

posteriores repetiram tal conteúdo, inclusive a Constituição vigente, consagrando-se a laicidade do Estado brasileiro.

No entanto, questões concernentes às narrativas religiosas tradicionais persistem na ordem do dia do debate político e jurídico de nossa sociedade. Prova disso foram as manifestações apresentadas na audiência pública referente à ADPF em questão por organizações formalmente religiosas ou de perfil ideológico assumidamente religioso, tais como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, as organizações Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Associação de Desenvolvimento da Família, Escola de Gente e Igreja Universal, tendo algumas dessas organizações pleiteado sua participação no processo na qualidade de *amicus curiae*. Afinal, se a Constituição da República extrai sua legitimidade, a princípio, de sua representação democrática, como fechar os olhos às manifestações desses grupos religiosos no momento de se decidir questão tão delicada?

Isso nos leva a um reexame da autoridade moral das democracias e àquela dificuldade com a qual se deparou Habermas na correlação entre democracia e direitos fundamentais. Segundo ele, a forma de se conciliar esses dois elementos seria por meio do próprio exercício da autonomia política, que deve ser assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade. Ou seja, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento” (HABERMAS, 1997, p. 142).

Com isso, Habermas enxerga na própria democracia a fundamentação do direito, excluindo – ou pelo menos não incluindo num primeiro momento – a religião no debate da “Esfera Pública Política” e no processo de legitimação do direito. Quanto ao ambiente de pluralidade religiosa, Habermas identifica o direito fundamental de liberdade de consciência e de religião como a resposta política adequada para desarmar o potencial conflituoso entre crentes, não crentes, e crentes de outras crenças, sendo a secularização do Estado (mas não só ela) garantidora da simetria dessa liberdade de religião. Ele defende que as próprias partes envolvidas devem chegar a um acordo entre liberdade de religião positiva (direito de exercer a sua religião) e negativa (ninguém é obrigado a seguir a religião do outro, nem ser molestado por suas manifestações). Por isso o Estado só será capaz de garantir a liberdade religiosa se ele for neutro em relação a visões de mundo.

Em seu voto, o relator da ADPF 54 chega ao mesmo raciocínio ao abordar a problemática da menção à Deus no preâmbulo de nossa Constituição, o que, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076, foi tida como carecedora de

força normativa⁴. Porém a laicidade não pode ser entendida como uma postura antirreligiosa. Os artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição Federal assim o determinam⁵. Nas palavras do ministro Marco Aurélio: “Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.”

Habermas se pergunta se após esse processo de legitimação do direito a sociedade se estabilizará. Assume, então, que a sociedade depende da solidariedade de seus cidadãos, solidariedade esta que pode secar no caso de uma secularização “descarrilhadora”. Mas isso não quer dizer que devemos abrir mão da secularização. Ele sugere que se veja a secularização cultural e social como um processo de aprendizado sobre os limites tanto da tradição do Esclarecimento quanto das doutrinas religiosas (HABERMAS, 2007). Afinal, mesmo com exemplos históricos de práticas autoritárias e violentas de grupos religiosos, não podemos ignorar que as religiões preenchem funções importantes na estabilização e no desenvolvimento de uma cultura política liberal. Também não podemos fechar os olhos para o fato de que as convicções religiosas exercem um papel vital na vida de pessoas religiosas, sendo a base para suas decisões concernentes a questões de Justiça e servindo à definição de sua própria existência.

Logo, para não excluir as pessoas religiosas da Esfera Pública, Habermas defende que os argumentos religiosos devam ser traduzidos em linguagem secular para adentrar a Esfera Pública formal. Aceita que, na impossibilidade de se fazer isso, a pessoa religiosa tenha sim o direito de se expressar com argumentos religiosos (tal como as manifestações de entidades religiosas na audiência pública da ADPF 54), mas sem abandonar o esforço de

⁴ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

“Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

tradução desses argumentos em seculares, esforço esse que deve ser tanto dos crentes como também dos não-crentes. Tal tradução deve ser feita na Esfera Pública informal, para que façam parte da Esfera Pública formal – ou seja, o Parlamento e outros espaços juridicamente institucionalizados – de forma já secularizada.

Segundo Habermas, “para não se perder os conteúdos de verdade de exteriorizações religiosas, é necessário, por isso, que a tradução já tenha ocorrido antes, no espaço pré-parlamentar” (HABERMAS, 1997, p. 149). Ainda segundo ele, as religiões mundiais se mantêm até hoje justamente porque o seu “conteúdo cognitivo” não perdeu validade, sendo que elas ainda levam consigo certos “potenciais semânticos capazes de desenvolver força inspiradora para a sociedade inteira, a partir do momento em que liberam seus potenciais de verdade profanos” (HABERMAS, 1997, p. 161).

Note-se que não se trata aqui de uma pressão unidirecional exercida por discursos pré-modernos ou até mesmo anti-modernos. Segundo Habermas, as certezas da fé estão expostas, “na estrutura diferenciada da sociedade moderna, a uma pressão crescente da reflexão” (HABERMAS, 2007, p. 146). Assim, como a Modernidade transforma tudo o que toca, também a religião foi transformada. Max Weber já apontava essas transformações.

Segundo ele, o desencantamento do mundo é um processo essencialmente religioso, por meio do qual as religiões eliminam a magia como meio de salvação. Ou seja, Weber identifica a origem do desencantamento religioso – e, conseqüentemente, de toda a dinâmica secularizante – na atividade dos profetas hebreus do Antigo Testamento, se estendendo até a Reforma Puritana (PIERUCCI, 1998). Diz que a gênese do processo de racionalização da Religião se dá com o surgimento da forma "eticizada" de religião inaugurada pelo judeu-cristianismo, consumando o desencantamento “deste” mundo. Segundo essa reflexão:

“O processo de racionalização é mais amplo e mais abrangente que o desencantamento do mundo e, neste sentido, o abarca; o desencantamento do mundo, por sua vez, tem a duração histórica mais longa, mais extensa que a secularização e, neste sentido, a compreende.” (PIERUCCI, 1998).

Com base nisso, o ponto crucial do paradigma da secularização seria justamente um processo de diferenciação estrutural da sociedade a partir do qual a religião “deixa de ser uma instância encompassadora e totalizante para se tornar um domínio específico com seus

próprios limites e regras de funcionamento” (GIUMBELLI, 2001, p. 834). Ou seja, a laicidade, na sua configuração atual, nada mais seria do que “uma forma específica de reconhecimento da religião por um Estado moderno” (GIUMBELLI, 2001, p. 833). Temos então aí a “base sociológica para a operação jurídica de separação entre Estado e igrejas”, sendo a laicização que se opera nesse momento o modo pelo qual “se reconfigura o interesse do Estado pela religião” (GIUMBELLI, 2001, p. 830).

No entanto, questões como a da anencefalia evidenciam questões morais estruturais da comunidade política que não são completamente resolvidas com a dinâmica secularizante acima exposta.

Ao analisar os desafios da ética e da bioética na sociedade moderna, Engelhardt afirma que elas terão que enfrentar um cenário de “considerável ceticismo, perda de fé, convicções persistentes, pluralidade de visões morais e crescente desafio das políticas públicas” (ENGELHARDT, 2008, p. 31). Logo, adota dois conceitos para conseguir trabalhar nesse cenário: o de **moralidade essencial** e o de **estranhos morais**. Segundo ele, moralidade essencial é uma “moralidade puramente continuísta na qual as pessoas transmitem aos esforços comuns a autoridade moral de seu consentimento” (ENGELHARDT, 2008, p. 32). Já estranhos morais são pessoas que

“não compartilham premissas ou regras morais de evidência e inferência suficientes para resolver as controvérsias morais por meio de uma sadia argumentação racional, ou que não têm um compromisso comum com os indivíduos ou instituições dotados de autoridade para resolvê-las.” (ENGELHARDT, 2008, p. 32).

Por oposição, amigos morais são aqueles que compartilham uma moralidade essencial, de forma a poderem resolver seus conflitos morais através de um “argumento moral sadio recorrendo a uma autoridade com reconhecida jurisdição” (ENGELHARDT, 2008, p. 32). Assim, como toda moralidade essencial pressupõe um compromisso moral particular, a pluralidade de comunidades morais essenciais e a inevitabilidade da estranheza moral dos sujeitos serão dificuldades que se encontram na raiz do pensamento moderno.

Por isso, todas as escolhas morais pressupõem uma orientação moral particular: “o universalismo é comprado ao preço da essência. A essência é comprada ao preço do

universalismo” (ENGELHARDT, 2008, p. 100). Logo, impor uma visão de mundo particular à sociedade é recorrer-se à autoridade coercitiva por ausência de autoridade moral. É, segundo Engelhardt,

“concluir que, se Deus está morto na área pública secular, no sentido de que nem todos o ouvem, e desde que um substituto secular não está disponível em uma moralidade canônica essencial passível de descoberta pela razão, não existem restrições morais. (...) A vontade encontra a vontade, sem restrições morais seculares gerais.” (ENGELHARDT, 2008, p. 99).

Como então não se cair nesse relativismo ético nocivo?

Segundo Engelhardt, “fazer uma pergunta ética secular é procurar uma base além da força para a resolução de controvérsias morais” (ENGELHARDT, 2008, p. 101). Logo, a única fonte de autoridade moral secular geral será o acordo. Ou seja, a autoridade moral secular não será a força puramente coercitiva ou a vontade divina, e sim a autoridade do **consentimento**, autoridade essa que deriva de uma mera “vontade de moralidade”. E se o consentimento não consegue construir uma moralidade secular essencial, pelo menos possibilita a aproximação dos estranhos morais para a formação de uma “textura moral secular”. Por isso diz Engelhardt existir uma “textura intersubjetiva relativa à ética secular, em virtude da própria interpretação da ética como alternativa impositiva à resolução de disputas pela força”. Assim, é possível uma “moralidade secularmente objetiva, em seu sentido intersubjetivo” (ENGELHARDT, 2008, p. 121).

Trazendo-se essa complexidade para a esfera jurídica, podemos nos remeter à reflexão de Rosenfeld em seu “pequeno grande ensaio” dedicado à identidade do sujeito constitucional. Segundo ele, a identidade constitucional, em relação a si própria, será necessariamente problemática em casos – como no brasileiro – em que existe uma Constituição escrita. O texto constitucional sempre será “inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis”, não apenas porque não consegue apreender toda a complexidade do mundo como também porque, “dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída” (ROSENFELD, 2003, p. 18).

A referência à “vontade do legislador” é sempre ilusória porque, uma vez que a intenção do constituinte pode ser apreendida em diferentes graus de abstração, sua abertura interpretativa será, sempre, inevitável.

Outro problema inerente a uma Constituição escrita é a sua permanência simbólica ao longo do tempo. Sobre isso, Rosenfeld alerta:

“Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado como o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade.” (ROSENFELD, 2003, p. 17).

Sobre a problemática da religião, a ordem política pré-moderna evitava o problema da diferença ou da oposição entre o “eu” e o “outro” porque trazia em seu cerne uma “visão unificada moldada pela religião, a ética e as normas jurídicas que se apoiavam mutuamente e que eram compartilhadas por todos” (ROSENFELD, 2003, p. 30). Já o constitucionalismo moderno não poderá evitar essa oposição uma vez que tem por base o próprio pluralismo. Afinal, a afirmativa de que todos os seres humanos são iguais enquanto “agentes morais” constitui a “espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo” (ROSENFELD, op. cit., p. 64).

Dessa forma, será exigência inafastável do constitucionalismo a criação de uma identidade constitucional que transcenda os limites da subjetividade dos constituintes. A criação de um texto constitucional – tomada a expressão em sua dimensão mais abstrata – só ganha sentido por meio de um “vazio” que surge da distância entre a auto-imagem própria dos constituintes e a comunidade política constitucional pluralista (ROSENFELD, 2003, p. 36). Inevitável será, também, a tentativa de preencher esse vazio com uma identidade comum “enraizada em um texto constitucional compartilhado” para se atender às exigências do pluralismo. E aqui entra a importância do discurso constitucional, apontado por Rosenfeld como o instrumento por meio do qual o sujeito constitucional construirá uma “narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível”. (ROSENFELD, 2003, p. 40).

A figura do sujeito constitucional, na teoria de Rosenfeld, não coincide com os constituintes, com os intérpretes da Constituição ou sequer com quem se encontra sujeito às suas prescrições. Sua identidade não pode ser nunca determinada completamente, dado que sua personificação negaria uma das bases de sua existência: o pluralismo. No entanto, tal identidade pode – e deve – ser buscada no “discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.” (ROSENFELD, 2003, p. 41).

Assim, Rosenfeld propõe que o discurso constitucional atue por meio de três mecanismos essenciais: a **negação**, a **metáfora** e a **metonímia**.

A negação consiste, inicialmente, na supracitada rejeição de todas as identidades pré-constitucionais (e pré-modernas) que antes definiam a ordem política, dentre elas a formação cultural, histórica, étnica e religiosa de uma sociedade. No entanto, a busca por uma identidade positiva obrigará o sujeito constitucional a se voltar para essas identidades relevantes em busca de elementos de coesão que soem familiares àqueles que se submeterão às normas constitucionais, de forma a resultar em uma identidade que possua um sentido suficientemente determinado ou determinável e partindo de um discurso constitucional que se mantenha “viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico” (ROSENFELD, 2003, p. 22-23).

Dessa forma, podemos dizer que o segundo estágio de formação de uma identidade para o sujeito constitucional destaca-se como uma “incorporação seletiva das identidades descartadas”, na medida em que “sejam capazes de servir aos interesses do constitucionalismo”. (ROSENFELD, 2003, p. 53).

A metáfora, por sua vez, servirá para, mediante um processo de combinação e substituição, explorar “similaridades e equivalências” de modo a forjar “vínculos de identidade”. O processo metafórico é, nesse sentido, similar ao que a psicanálise freudiana chamou de “condensação”, processo psíquico no qual as “similaridades são reunidas e enfatizadas, às custas das diferenças” (ROSENFELD, 2003, p. 61).

O processo metafórico contribui, assim, imensamente para a edificação de uma identidade constitucional ao possibilitar que o discurso constitucional “alcance níveis mais altos de abstração”. (ROSENFELD, 2003, p. 63).

E, por último, a metonímia atua no sentido de conferir ao sujeito constitucional particularidades essenciais na configuração de sua identidade. Segundo Rosenfeld, “[e]m

contraposição à busca da metáfora por similaridades relacionadas a um código, a metonímia promove relações de contiguidade no interior de um contexto” (ROSENFELD, 2003, p. 68). Assim, o processo metonímico tem o mérito de conferir ao sujeito constitucional o máximo de detalhes concretos possíveis, permitindo a ele se diferenciar do ambiente que o cerca.

Em suma, enquanto a metáfora aproxima o “eu” do “outro” pelo desenvolvimento de um código comum que os abarque (tratando igualmente os iguais), a metonímia impede a dominação de um sobre o outro ao evidenciar as diferenças que os distinguem, denotando a noção de proporcionalidade com que devem ser tratados (tratando desigualmente os desiguais, na medida de sua diferença). Dessa forma, a identidade do sujeito constitucional se desenvolve e se reinventa “sem abdicar de seu enraizamento em algum passado coletivo plausível” (ROSENFELD, 2003, p. 107).

Da mesma forma que a decisão da Suprema Corte americana de 1973 no caso *Roe v. Wade* significou uma redefinição da identidade constitucional dos Estados Unidos ao reconhecer a existência de um direito constitucional ao aborto, a decisão de nosso Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 tem o potencial de exercer forte impacto na identidade constitucional brasileira. Por isso, tal decisão depende de justificação por meio de um processo de reconstrução da identidade constitucional pertinente, seja para sua melhor compreensão e defesa, seja para a elaboração de uma crítica eficaz. Para tal empreitada, é de grande valia se voltar à teoria de Dworkin.

Tal autor dedicou-se à construção de um conceito para o direito a partir da crítica à teoria de Hart, que se propunha a ser uma descrição neutra do direito enquanto conjunto formado por regras primárias – aquelas que concedem direitos ou impõe obrigações aos membros da comunidade – e por regras secundárias, que “estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas” (DWORKIN, 2002, p. 31). Nesse contexto teórico, uma regra não pode ser obrigatória apenas pela ameaça de coerção física; e sim porque é estabelecida por alguém imbuído de autoridade para tanto. Entra em cena a figura da “regra de reconhecimento”, regra secundária fundamental responsável por estabelecer as condições de validade das demais regras (por exemplo, a regra segundo a qual a Constituição brasileira disporá sobre o processo de produção de novas leis). A obrigatoriedade dessa regra de reconhecimento depende de sua aceitação pelos cidadãos em geral, mas principalmente pelos funcionários do aparato estatal.

Segundo Hart, como apenas regras estabelecem obrigações e, conseqüentemente, direitos, em casos nos quais não exista regra específica sobre tal situação, as partes envolvidas

não possuiriam direito algum. Logo, só restaria ao juiz escolher uma solução qualquer, por meio inclusive de alguma convicção política ou moral, mas tal decisão estaria “fora” do direito, além dele, resultando do exercício de um poder discricionário do juiz.

Partindo de uma análise crítica e reconstrutiva da prática judicial do *common law*, Dworkin volta sua atenção para casos paradigmáticos nos quais notadamente não havia nenhuma regra clara a ser evocada para a solução da lide, os chamados “casos difíceis” (*hard cases*). Ele percebeu que os juízes desses casos se remetiam a determinados conjuntos de padrões – que não eram regras – para julgá-los. Além disso, tais padrões se relacionavam com conceitos como justiça, equidade (*fairness*) ou alguma outra dimensão da moralidade. Dworkin chamou-os de **princípios**.

Portanto, uma vez constatado o inegável papel desempenhado pelos princípios na prática judicial, ou adotamos o entendimento de que sua utilização pelos juízes significa decisões para além do direito, por meio de uma referência discricionária a padrões extralegais; ou então passamos a tratar os princípios e as regras jurídicas de forma igualitária, conferindo aos primeiros a mesma “obrigatoriedade de lei” das últimas. A primeira concepção adota como pressuposto a ideia de que, em casos difíceis, a divergência entre juristas sobre qual a solução para o caso é uma divergência relativa a questões de moralidade, pois não existe resposta jurídica para o caso (*i.e.*, não há norma jurídica a ser aplicada). E consequentemente qualquer resposta dada ao caso será fruto da discricionariedade do juiz.

Como Dworkin pretende não apenas descrever a prática jurídica, mas também justificá-la, defendendo uma teoria particular sobre os “fundamentos apropriados do direito” que evite a discricionariedade do julgador, ele opta trabalhar com a segunda concepção. Porém, os princípios inevitavelmente se remetem a conceitos como democracia, igualdade e liberdade, que são também conceitos políticos, o que leva Dworkin a afirmar que o direito é um conceito político (DWORKIN, 2010, p. 230). Mas isso nos traz um problema: conceitos políticos tendem a ser altamente abertos e imprecisos (basta ver o dramático exemplo do conceito de “justiça”). Com isso, retornamos à “batalha de Waterloo” de Hart: se a validade das minhas regras (e, consequentemente, do direito) depende de uma regra de reconhecimento que encontra sua validade, ela própria, no consenso, só me resta o abismo da discricionariedade. No entanto, enquanto tal constatação significou um limite epistemológico para o Positivismo e resultou em uma tentativa esquizofrênica, por parte de Hart, de controlar o incontrolável – ou seja, controlar a natureza linguística do direito –, a mesma constatação

funcionará como uma tensão constitutiva de um novo conceito de direito para Dworkin. Não mais será um problema para a teoria do direito, será a sua solução.

Remetendo-nos aos pressupostos teóricos de Dworkin, nos deparamos com o projeto de Gadamer de tentar entender “o que significa, para a compreensão e existência humana, saber-se conduzida por uma história que se articula para nós como linguagem transmitida” (GRONDIN, 1999, p. 179).

A partir da descoberta heideggeriana da estrutura ontológica (universal) do círculo hermenêutico, no sentido paradoxal de que “cada compreensão é condicionada por uma motivação ou um pré-conceito”, as aporias do historicismo são desnudadas, e ele é superado por uma auto-aplicação: se cada doutrina deve ser entendida com base em sua própria época, o próprio historicismo é um “filho de seu tempo, ou seja, do cientificismo” (GRONDIN, 1999, p. 186). Coube a Gadamer, portanto, dar um novo tratamento à historicidade, deixando de vê-la como uma limitação à compreensão para entendê-la como um “princípio de compreensão”. Os pré-conceitos são elevados a “condições de compreensão” transcendentais, mas desde que não se busque afastá-los, e sim reconhecê-los e reelaborá-los de forma interpretante. Mas como diferenciar os verdadeiros pré-conceitos dos falsos? Existe algum critério? Se certo é que nenhum método possa nos conferir tal resultado, existem indícios que podem nos ajudar.

Aqui entra a ideia de história efetual que, para Gadamer, assume o significado de que nossa “consciência atual foi cunhada e até constituída por uma história efetual”, foi “efetuada” pela história, devendo agora ser reconquistada. Portanto, a “consciência histórico-efetual é a mais unívoca expressão filosófica para a consciência da própria finitude” (GRONDIN, 1999, p. 192).

Como consequência, o “compreender” passa a ser um “compreender-se”, um “encontro consigo mesmo”. Como tentativa de aplicar um sentido à nossa situação, “já nos levamos conosco para dentro de cada compreensão, e isso de tal modo que, para Gadamer, compreensão e aplicação coincidem” (GRONDIN, 1999, p. 193). Desse modo, “entender um texto do passado significa traduzi-lo para a nossa situação presente, escutando nele uma discursiva resposta aos questionamentos da nossa era”, sendo a compreensão sempre a “continuação de uma conversação já iniciada antes de nós” (GRONDIN, 1999, p. 194). E assim se instaura a hermenêutica da conversação de Gadamer, que encara a “edificação da lógica sobre a locução (ou o enunciado) como uma das decisões da cultura ocidental portadora das mais pesadas consequências”, pois cada “enunciado tem pressupostos que ele

não expressa”, ou seja, “não existe nenhum enunciado possível que não possa ser entendido como resposta a uma pergunta” (GRONDIN, 1999, p. 198). Chegamos aqui à estrutura universal do círculo hermenêutico gadameriano.

Diante disso, Dworkin entende que, se a estrutura básica do direito são proposições jurídicas, ou seja, **linguagem**, então também ele é um conceito interpretativo. Logo, qualquer tentativa de entender o direito deve se assentar em uma concepção de interpretação. Para isso, ele resgata a forma de se interpretar uma obra de arte, forma essa entendida como construtiva no sentido de que se preocupa essencialmente em “impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2010, p. 60). Assim, aproxima a interpretação de práticas sociais (e aqui, a prática jurídica) à interpretação artística, e as define como criativas, ao entender que “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem” (DWORKIN, 2010, p. 61). No entanto, se a tese de que uma interpretação criativa pretende descobrir alguma “intenção histórica real” ou a intenção de um autor (ou legislador) deve ser aqui rejeitada, pelo menos podemos conservar o caráter estrutural formal que o conceito de intenção original oferece a todo enunciado interpretativo ao evidenciar que toda interpretação é, por natureza, “o relato de um propósito” (DWORKIN, 2010, p. 71).

Essa mesma concepção parece ser compartilhada pela ministra Rosa Weber quando, em seu voto no julgamento da ADPF 54, tece considerações acerca do que chamou de “falácia naturalista”. Segundo a ministra, tal falácia apresenta a seguinte estrutura no debate sobre antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia:

“(…) se a medicina considera determinadas características necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo apresenta tais características, ele há de ser protegido. Se a Medicina considera determinadas características como necessárias e suficientes para a vida e o feto anencéfalo não as apresenta, não há de ser protegido.”

Tal como explicitado pela Ministra, o erro de tal concepção é atribuir ao conhecimento médico – credor de algum prestígio superior por sua ligação a um método científico de (pretensa) validade universal – a exclusividade da definição do que seja o

vocábulo “vida humana”. A falácia está localizada justamente na conclusão de que a descrição feita pela Ciência, de forma geral, ou pela Medicina, de forma particular, de determinado fato, resultaria em um dever jurídico. Nas palavras de Rosa Weber, parte-se da “premissa de que o emprego de um conceito na ciência deve condicionar o conteúdo do seu uso nas outras áreas, pois fruto de verdade empírica, bem estabelecida e, portanto, inquestionável por outras esferas”.

Com essa reflexão, a conclusão a que chega é a de que não existe um único conceito de “vida”, nem tampouco possui tal conceito uma “essência” a ser descoberta pelos biólogos, médicos ou mesmo pelos juízes dos tribunais. E aqui retornamos à discussão acerca das implicações religiosas do julgamento em questão, especialmente na disputa que se travou – dentro e fora do Supremo – acerca de definições (morais) do que seja vida humana.

Como discorrido acima, um grupo religioso constitui-se em uma comunidade que partilha de uma moralidade essencial. No entanto, a realidade pluralista e a exigência democrática do constitucionalismo moderno não permitem a imposição desses padrões ao restante da comunidade de princípios instituída pela Constituição. Logo, ainda que a identidade constitucional brasileira necessite resgatar discursos pré-constitucionais (inclusive religiosos) para a garantia de uma mínima coesão política, esse resgate não pode significar o sacrifício dos limites inerentes ao constitucionalismo, quais sejam, “o compromisso com o princípio do governo limitado, a adoção do princípio do Estado de Direito – *rule of law* – e a proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 47).

É inegável que o constitucionalismo traz em seu seio um paradoxo insuperável: as mesmas liberdades que são a maior invenção e ganho da Modernidade também representam um risco para a própria liberdade moderna. Assim, ainda que as religiões se adequem à Modernidade, sempre existirão áreas que carecerão de pontos de contato entre um discurso religioso e o discurso secular geral. No entanto, devemos estar atentos à importância de se saber que vivemos em uma sociedade “pós-secular, sintonizada epistemicamente com a sobrevivência de comunidades religiosas”, devendo-se adotar métodos de aprendizado complementares entre os dois tipos de pensamentos (HABERMAS, 2007, p. 158).

“Risco” é a chave de compreensão do constitucionalismo moderno, e temos que descobrir como tematizá-lo para que não se agigante a ponto de ferir de morte a “aquisição evolutiva” representada pelo constitucionalismo. Porque a pluralidade de visões morais e a inevitável estranheza moral dos agentes não é um sintoma de fracasso na busca de uma

moralidade secular geral, e sim uma condição do nosso “destino epistemológico moral” (ENGELHARDT, 2008, p. 100).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Julgada em 12 de abril de 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick. Uma reflexão constitucional acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei. Veredas do direito, v. 1 – janeiro/julho de 2004. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Camara, 2004.

DWORKIN, Ronald. A Justiça de toga. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Uma questão de princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O império do direito. Trad. Jefferson Luis Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELHARDT, Tristram H.. Fundamentos da Bioética. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 2008. Tradução: José A. Ceschin.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIUMBELLI, Emerson. A Religião que a Modernidade Produz: Sobre a História da Política Religiosa na França. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 44, nº 4, 2001, pp. 807 a 840.

GRONDIN, Jean. Introdução à hermenêutica filosófica. Tra. Benno Dischenger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Entre Naturalismo e Religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. Religion in the Public Sphere. *European Journal of Philosophy* 14:1 ISSN 0966-8373 pp. 1–25 r 2006 Polity

NEMOIANU, Virgil. The Church and the Secular Establishment: A Philosophical Dialog between Joseph Ratzinger and Jürgen Habermas. *Logos* 9:2 spring 2006.

PIERUCCI, Antônio Flávio. SECULARIZAÇÃO EM MAX WEBER
Da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol.13, nº 37 São Paulo, 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200003&script=sci_arttext.
Acessado em 10 de junho de 2014.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Tradução de: The identity of the constitutional subject. *Cardozo Law Review: Law and the Postmodern Mind* – Jan. 1995, p. 1049-1109.

_____. Can constitutionalism, secularism and religion be reconciled in an era of globalization and religious revival? *Cardozo Law Review*, Nova York, v. 30, n. 6. p. 2.333-2.368, 2009.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.