

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A legitimação do aborto à luz
dos pressupostos do estado
democrático de direito**

**The abortion legitimation in the
light of democratic state law
assumptions**

Terezinha Inês Teles Pires

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH..... 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO..... 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS..... 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116.....	195
Ana Paula Sampaio Silva Pereira	
AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS.....	229
Natasha Schmitt Caccia Salinas	
POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	251
Julio Pinheiro Faro	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN	271
João Victor Nascimento Martins	
NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS	282
Karl-Heinz Ladeur	
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO	298
Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana	
A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	313
Humberto Cunha dos Santos	
EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL.....	333
Leandro Martins Zanitelli	
O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ.....	350
Andreza A. Franco Câmara	
A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	364
Terezinha Inês Teles Pires	
JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	392
Guilherme Valle Brum	
A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20.....	406
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar	

**O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PER-
CEPÇÃO DOS PROGRAMAS 424**

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

NORMAS EDITORIAIS..... 442

Envio dos trabalhos:..... 444

A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito

The abortion legitimation in the light of democratic state law assumptions

Terezinha Inês Teles Pires**

RESUMO

Sob o prisma da tese da constitucionalidade do direito ao aborto, tentaremos apresentar um estudo acerca da validade das premissas das teorias democráticas modernas e contemporâneas. Lançando um olhar crítico sobre o modelo do processo deliberativo, centrado no critério majoritário, explicitaremos as posições conflitantes acerca da distinção entre o plano da moralidade individual e da moralidade política, com a intenção de propor a delimitação de um quadrante razoável para o exercício do direito de autonomia e autodeterminação. Por fim, indicaremos como fundamento central da demanda das mulheres pelo controle do processo reprodutivo, sem a ingerência do Estado, o modelo do pluralismo moral e político e sua exigência do acolhimento das múltiplas crenças e convicções pessoas no contexto do espaço público.

Palavras-chave: Aborto, democracia, moralidade, pluralismo.

ABSTRACT

From the perspective of the theory of the constitutionality of abortion rights, we will attempt to present a critical study on the validity of the assumptions of modern and contemporary democratic theories. Casting a critical eye on the model of the deliberative process, centered on the major criterion, we will expose the conflicting positions about the distinction between the level of individual morality and political morality, with the intention to propose the definition of a quadrant for the reasonable exercise of the right of autonomy and self-determination. Finally, we will indicate as central foundation of the demand for control of women's reproductive process without the interference of the state, the model of moral and political pluralism and its requirement for admitting multiple persons beliefs and convictions in the context of public space.

Keywords: Abortion, Democracy, Morality, Pluralism.

* Recebido em 14/10/2013
Aprovado em 13/12/2013

** Doutoranda em Direito pela UNICEUB. Estágio sanduíche na American University. Promotora de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Email: teresap@mpdft.gov.br

1. INTRODUÇÃO

O propósito de investigar os fundamentos justificadores da admissibilidade do aborto enquanto um direito fundamental derivável dos princípios constitucionais abstratos, relativos às liberdades individuais, exige um estudo acerca das premissas da democracia moderna e contemporânea. Nessa direção, afirmaremos a necessidade de um procedimento de justificação moral da obrigação política, no sentido da exigência da concordância subjetiva dos membros de uma determinada sociedade às regras elaboradas pelo sistema legislativo.

As lições oferecidas pelas doutrinas do direito natural, do liberalismo, e do contratualismo lançaram uma concepção transformadora a respeito dos critérios para a delimitação da coação do Estado na esfera das decisões pessoais em matérias não vinculadas aos interesses públicos. O princípio da autonomia da vontade e o pluralismo ideológico, como tentaremos demonstrar, permitem a reelaboração do paradigma do consentimento político, em bases morais, de modo a redimensionar o espaço do exercício da liberdade de consciência no contexto do procedimento deliberativo-democrático.

A democracia representativa e a democracia participativa constituem formas historicamente apresentadas para a concretização de um sistema político contraposto ao exercício do poder absoluto, sem parâmetros ponderados de controle direto ou indireto da ação do Estado. Entretanto, uma nova abordagem daqueles modelos tradicionais é algo que se impõe para o avanço de visões transformadoras no âmbito dos mecanismos jurídicos substanciais facilitadores do acolhimento das concepções morais de todas as camadas da sociedade. Pretendemos questionar a aceitação acrítica do critério majoritário na formação das decisões políticas, independente da natureza do assunto em debate, lançando uma percepção diferenciada do conceito de minorias centrado na liberdade de formação, no plano do desenvolvimento da personalidade, de convicções morais e religiosas. Tomaremos o alcance abrangente da liberdade de consciência como o fundamento último da defesa do direito da mulher à condução do processo reprodutivo, o que importa na legalização do aborto, em condições razoáveis, em contraposição à dominação de uma única concepção, no tocante ao valor da vida pré-natal, no contexto da vida pública.

Faremos, ainda, uma leitura da distinção entre as esferas da eticidade, da moralidade pessoal e da moralidade política, com o objetivo de formular uma compreensão da admissibilidade do direito ao aborto que escape ao modelo do consenso deliberativo. Nessa perspectiva, iremos adotar a doutrina do pluralismo moral e religioso enquanto uma paradigma essencial para a afirmação do direito de escolha de convicções individuais e do exercício do controle sobre o processo reprodutivo em conformidade com o princípio da autonomia da vontade.

2. DEMOCRACIA E LIBERDADE POLÍTICA

A opção pelo aborto passou a ser reivindicada pelas mulheres com o aperfeiçoamento da defesa dos direitos humanos, o que, com fundamento na doutrina do jusnaturalismo, assentou a obrigatoriedade da garantia do exercício de determinados direitos a todos os cidadãos.¹ A edificação de uma carta de direitos humanos resultou da introdução do modelo liberal de organização do Estado, responsável por uma radical transformação na estrutura da relação “entre indivíduo e sociedade”. Daí se consolidou a necessidade do estabelecimento “dos limites jurídicos do poder estatal”, e dos princípios do “contratualismo” moderno. Em

1 Efetivamente, os direitos sexuais e reprodutivos, de modo geral, foram alçados à categoria de direitos humanos por ocasião da Conferência Mundial da ONU sobre População e Desenvolvimento, realizada em 1994 na cidade do Cairo (Disponível em <http://www.iisd.ca/linkages/cairo.html>) e da IV Conferência Internacional sobre a Mulher, realizada em 1995 em Beijing/199 (disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/>).

linhas gerais, os direitos naturais, o liberalismo e o contratualismo configuram três vertentes do pensamento político que se interconectam para a asserção do “Estado de Direito” enquanto um modelo contraposto ao do “Estado absoluto”. Na dimensão do Estado de Direito a liberdade é afirmada como liberdade “em relação ao Estado”,² o que, como se verá mais adiante, possibilitou o aperfeiçoamento da doutrina do constitucionalismo, com a afirmação da liberdade como um dos pilares do sistema jurídico-institucional. E, dentre as liberdades em espécie, firmou-se a noção de liberdade reprodutiva, na qual se insere a perspectiva do aborto, na qualidade de um direito vinculado ao princípio da autodeterminação da vontade.

Desde meados do século XVII autores da filosofia política se empenham em traçar as bases da constituição da sociedade civil como uma necessidade derivada das ameaças existentes no estado de natureza. John Locke e Thomas Hobbes foram os pensadores modernos a problematizar a impossibilidade da preservação incondicional da liberdade de ação individual, diante da inevitabilidade da reunião dos homens em sociedade sob a égide de um sistema legislativo.³ Kant, igualmente, enfatiza que o homem renuncia à sua “liberdade irrestrita” porque sente a necessidade, para sua própria proteção contra a ação desregrada dos demais cidadãos, de se submeter à coação social. A racionalidade do homem faz com que ele “deseje uma lei que ponha limites à liberdade de todos”. Tal perspectiva vincula-se à busca de um estado de segurança por intermédio de uma “constituição legal”.⁴ O consectário natural dessa visão foi a legitimação das ideias de soberania e do “contrato social”, que, na linguagem de Rousseau, confere ao “corpo político” o poder de submeter a vontade individual à “vontade geral”.⁵

Muito se discutiu sobre o fundamento do “consentimento”, pilar da validade do contrato social. Para Locke, o poder político só pode instalar-se com o consentimento dos membros da comunidade, o que se realiza por intermédio da predominância dos votos da maioria.⁶ Hobbes acentua, igualmente, que a formação de uma “cidade” exige que “cada um” “aceite o que for aprovado pela maior parte como constituindo a vontade de todos”.⁷ Desde então, essa tradição alicerçada na ideia do consentimento domina a abordagem do tema da obrigação política. No entanto, a fundamentação do consentimento pessoal como condição primordial para a legitimidade da autoridade do governo sobre os cidadãos não é tarefa cuja solução se vislumbre com tanta facilidade. A princípio, parece simples dizer que o acordo coletivo pressupõe o consentimento prévio de cada indivíduo, dada a garantia da participação democrática. Na prática, porém, tal visão termina adquirindo um viés não muito realista. O liberalismo democrático, especialmente representado pela teoria lockeana, deparou-se com a impossibilidade de se viabilizar o consenso universal nas decisões políticas, com o que sempre haverá uma parcela da comunidade que não terá efetivamente assentido com as deliberações realizadas.⁸

Para justificar a obrigação, em matéria política, o estabelecimento de uma regra legal não é o suficiente. Além disso, o indivíduo deve sentir-se subjetivamente, no sentido moral, vinculado à norma que lhe é imposta. Em outros termos, a obrigação política pressupõe um nível razoável de consentimento moral por parte dos membros da comunidade às ações planejadas pelas instituições estatais, e às prescrições construídas pelos corpos legislativos.⁹ Sendo assim, pode-se dizer que a criminalização do aborto, por exemplo, para

2 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 15-18, 21.

3 LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001, Livro II, 13§ (p. 391), § 89-90 (p. 460-1); e HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, capítulo V, p. 98, capítulo VI, p. 113-14.

4 KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*. In *A paz perpétua e outros opúsculos*, 1988A, A 394-397, A 398-401.

5 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção os Pensadores, volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1999, capítulo IV, p. 95.

6 LOCKE, op. cit. livro II, capítulo VIII, § 95-98 (p. 468-71).

7 HOBBS, op. cit. capítulo VI, p. 102.

8 Sobre as origens históricas da vertente contratualista no âmbito da fundamentação da obrigação política, consulte-se SIMMONS, A. John, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1981, p. 57-61.

9 *Ibidem*, p. 3. Simmons defende que a obrigação política é “uma espécie de obrigação moral” (p. 4), não se identificando, portanto, com a obrigação legal. No mesmo sentido, Isaiah Berlin afirma que a “teoria política é um ramo da filosofia moral, a qual começa pela descoberta, ou aplicação, das noções morais na esfera política” (*Two Concepts of Liberty*, in *Liberty*, Oxford/New York:

deixar de ser somente uma prescrição legal, e representar uma obrigação política, vinculante para todos os cidadãos, no contexto do Estado Democrático de Direito, demanda um procedimento de justificação moral de sua proibição, em quaisquer circunstâncias.

Em todos os países que ainda tipificam o aborto como conduta criminosa, boa parte da população não concorda com a posição institucionalmente adotada no tocante ao tema, o que denota a incompatibilidade moral dessa porção de indivíduos, em regra mulheres, com o impedimento jurídico à livre escolha reprodutiva.¹⁰ Se a obrigação de obedecer a lei que penaliza o aborto é um dever político antes que um dever legal, como concebido pelas teorias contratualistas, então, nos termos assentados por Simmons, não parece legítimo coagir as mulheres à submeterem-se à lei, em espécie, mesmo diante do seu não consentimento, seja tácito¹¹, seja expresso, aos valores morais que a embasam. Não seria razoável dizer que as mulheres, na qualidade de cidadãs, conferem tacitamente seu consentimento, através do voto, à eliminação de seu direito de escolha reprodutiva. Isso seria o mesmo que afirmar a possibilidade da renúncia ao princípio da responsabilidade pessoal, o que comprometeria a dignidade moral individual. É sempre bom lembrar que o direito ao aborto se insere no rol das liberdades básicas, que direcionam o debate para uma margem ampliada de sua efetividade, e indicam, no mesmo passo, maior grau de restrição à validade da obrigação política, portanto, aos fundamentos do consentimento.

A postulação do consentimento tácito como razão suficiente para a submissão à autoridade do governo conduz, ainda, a algumas impropriedades, quando o comando da lei ou da ação política não é adotado universalmente. Nesses casos, ao indivíduo confere-se o direito de mudar-se para outro país, cujas leis melhor acomodem seu senso de moralidade. Tal como explicitado por Nozick, em sua concepção de uma comunidade utópica, a condição ideal da vida em comum consiste na possibilidade de as pessoas viverem em um sistema social que voluntariamente escolham como sendo o melhor para si mesmas. Nessa dimensão, se um método de filtragem permitisse que as pessoas avaliassem, por seus próprios critérios, cada sistema, elas poderiam escolher onde querem viver. A investigação de Nozick não se limita a buscar um tipo ideal de comunidade na qual todos gostariam de viver, mas antes de se buscar vários tipos ideais, com o que cada indivíduo descobriria o seu tipo ideal, o que mais se compatibiliza com seus valores e metas pessoais.¹²

Oxford University Press, 2009, p. 168). Simmons esclarece que algumas vezes o dever de submeter-se à lei se aproxima muito da caracterização da obrigação política, sendo imposto, com essa conotação, sem nenhuma justificação moral. O que se pretende dizer com isso é que a regra legal, por si só, não é fundamento suficiente para a imposição de uma obrigação política, no seguinte sentido: o dever legal, para representar um compromisso necessariamente assumido por todos os membros da comunidade, exige a presunção de premissas morais aceitáveis, as quais se constroem independentemente do conteúdo do comando legal. No campo da cidadania, se formulam obrigações legais; mas, a imposição da obediência efetiva às leis demanda a obtenção da concordância individual com as razões morais fundamentadoras das respectivas prescrições jurídicas. (SIMMONS, op. cit., p. 17, 20-21). Intuitivo é perceber que a diferença aqui firmada entre dever legal e dever moral segue, em seu cerne, a posição kantiana, segundo a qual o primeiro é legitimado externamente, através do exercício dos poderes institucionais, enquanto o segundo parte de uma justificação racional subjetiva. Essa é a base da vertente contratualista, e é o que se impõe adensar, para os propósitos do presente estudo.

10 O tema do aborto não promove um consenso coletivo em nenhum país no qual a questão é levada ao debate público, de modo que uma parcela da comunidade inevitavelmente é forçada a submeter-se à opinião da maioria, quando, no contexto da democracia representativa, a lei produzida proíbe sua prática. Mais adiante, o problema do desacordo moral relativo ao aborto, e a polaridade dos grupos favoráveis e contrários à sua regulamentação em determinados países, escolhidos como emblemáticos para o propósito desta pesquisa, será detalhadamente pontuado.

11 A ideia de consentimento tácito foi sedimentada por Hobbes (*Leviatã*, “Uma Revisão e Conclusão”), Locke (*Segundo Tratado sobre o Governo*, seção 119) e Rousseau (*Contrato Social*, IV). O critério adotado para a afirmação da legitimidade do consentimento tácito é o da residência, melhor explicitado no argumento de Locke: qualquer indivíduo que usufrui de alguma porção do território dominado por um determinado governo, adquirindo propriedades e utilizando os serviços públicos que lhe são oferecidos, se obriga a obedecer a suas leis, não se fazendo necessário o consentimento expresso ao seu conteúdo. No entanto, Locke, ao mesmo tempo, inspirado em sua radical defesa da liberdade individual, salienta que a validade do consentimento tácito não é absoluta, pois não se legitima quando a autoridade do governo se mostra tirânica ou arbitrária (op. cit., seção 171-172).

12 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 409-10. A título de conclusão, Nozick esclarece ter oferecido um “arcabouço da utopia”, Esse arcabouço é um modelo idealizado, que, como tal, não considera os detalhes inerentes às comunidades específicas que existam dentro dele. Isso não quer dizer que não se repute relevante a avaliação de todos os detalhes das comunidades concretas. Ao contrário, o autor considera necessária essa avaliação, sendo que, para tanto, o arcabouço se apresenta enquanto uma ideia condutora. O arcabouço, grosso modo, “equivale ao Estado mínimo”. Um Estado que respeita a

Se as pessoas pudessem escolher livremente onde querem residir e inserir-se nos deveres da cidadania, sem a existência de normas, nacionais e internacionais, limitadoras dessa liberdade, seria fácil, seguindo a direção de Nozick para a construção de “uma utopia”, garantir o respeito à autodeterminação. Para praticar o aborto, por exemplo, a mulher brasileira, não se sentindo moralmente comprometida com o banimento do respectivo direito, poderia deslocar-se e estabelecer-se no território dominado por outro governo. Mas cada indivíduo, regra geral, já nasce vinculado a um determinada organização política, seja pelo critério do local de nascimento, seja pelo critério da nacionalidade dos seus genitores, não lhe sendo conferido, nessa seara, o direito de livre escolha. Em relação ao aborto, a mulher, possuindo condições financeiras, costumeiramente viaja e faz o procedimento no território de outro país em que sua prática seja legalizada, já que, como se sabe, a lei penal aplicável é a do local onde o ato é realizado. Nem todas, entretanto, têm acesso a essa possibilidade, o que conduz, inclusive, à violação do princípio da equidade.

Vê-se, assim, que o modelo da teoria do consentimento, calcado no sistema representativo, evidencia, se interpretado de forma irrestrita, paradoxos insolúveis para a acomodação da independência ética dos indivíduos na condução de suas próprias vidas, o que permite por em questionamento, em tal esfera, a legitimidade da autoridade política do Estado, especialmente no tocante ao direito ao aborto.¹³

Supondo-se que a doutrina clássica do consentimento não é isenta de problemas, é salutar, assumindo uma posição crítica, refletir acerca da necessidade de se delimitar quais os assuntos devem, e podem, ser propostos e decretados por uma “assembléia”, ou, melhor dizendo, os assuntos em relação aos quais o acatamento das decisões da maioria, portanto, a submissão às leis, é obrigatório para os cidadãos. É preciso redimensionar o método da deliberação política, na tentativa de superar seus antagonismos, retirando da esfera do consenso coletivo alguns temas, que, por natureza, configuram prerrogativas individuais em matéria de definição dos projetos de vida.¹⁴ Um novo paradigma da teoria do consentimento deve ser firmado, a partir dos seus próprios postulados, sem que se os negue, mas lançando-se um olhar analítico sobre suas implicações no que diz respeito à validade da obrigação política. Numa linguagem kantiana, o propósito seria estabelecer uma crítica da racionalidade da teoria do consentimento, com a delimitação do seu campo de aplicação, considerando a natureza do tema a ser decidido.

Antes de tudo, a submissão dos indivíduos às deliberações coletivas se justifica no que concerne à proteção contra “a violência dos outros”, para que se “possa viver em segurança”.¹⁵ Não se discute, como já pontuado, que os indivíduos renunciam a parcela significativa de sua liberdade para assegurarem para si mes-

inviolabilidade dos direitos individuais e a liberdade de escolha dos planos de vida, contando cada um com o auxílio da “cooperação voluntária” dos outros (op. cit., p. 428-30).

13 Convém esclarecer que o argumento ora proposto parte da visão moral tradicional da categoria do consentimento, construída pelos pensadores acima citados (sobretudo Kant e Rousseau). Por isso, não iremos adentrar nas teorias utilitaristas clássicas, focadas na dimensão da maximização da felicidade. Apenas faremos referências pontuais a alguns dos seus argumentos pertinentes à defesa da liberdade de escolha. Isso porque consideramos, acompanhando o raciocínio de Simmons, que os postulados utilitaristas são insatisfatórios para a abordagem da obrigação política como um todo, tendo em vista que, nesse âmbito, os direitos de liberdade possuem primazia até mesmo sobre os interesses individuais de ampliação da perspectiva da felicidade. A questão central, do ponto de vista dos parâmetros democráticos, reside na conciliação entre a autoridade política institucional e o direito individual de autodeterminação (Idem, op. cit., p. 46-9 e 69). Para um conhecimento detalhado do utilitarismo moral e político, recomendamos a leitura de seus expoentes: HUME, David, *A Treatise of Human Nature* (Book III, Part II); MILL, Stuart, *Utilitarianism* (Chapter 2); *On Liberty* (Chapter 1); BENTHAM, Jeremy, *A Fragment of Government* (Chapter 1); *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Igualmente, não pretendemos abordar as teorias antirracionais, tais como as de Schopenhauer, Nietzsche, e Kierkegaard, que são hostis a qualquer tipo de fundamentação argumentativa da obrigação política. Partindo de uma leitura intermediária, que escape à censura de estar pendendo excessivamente para o individualismo, o que iremos postular é a defesa da admissibilidade moral do aborto com base em ponderações racionais que equacionem, nos moldes do regime democrático, a relação entre a liberdade de escolha reprodutiva e o exercício da autoridade do Estado.

14 Ao fazer uma análise dos aspectos antidemocráticos da categoria da “representação” política, Bruno Leoni afirma que “o único caminho para a liberdade individual, no presente” seria “a redução no número de questões acerca das quais as pessoas sejam representadas”. Segundo o autor, isso traria vantagens a todas as pessoas, nos “casos em que venham a ser “vítimas” de um processo legislativo irrestrito” (LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei: os limites entre a representação e o poder*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 33.

15 HOBBS, op. cit. capítulo VI, p. 103.

mos uma situação de segurança. Por outro lado, o “poder da sociedade”, diz Locke, não pode estender-se “para além do bem comum”, cingindo-se à preservação da “paz”, da “segurança” e do “bem público”. O poder legislativo não pode ser “arbitrário sobre a vida e os haveres do povo”.¹⁶ Além disso, diz Rousseau, o pacto social só é justo quando regula apenas “o interesse comum”, não sendo legítimo quando regula uma questão “particular”. Nessas questões, os indivíduos conservam sua liberdade, fixando-se aí os limites da soberania estatal.¹⁷

A liberdade individual, no sentido político, enquanto direito a uma esfera de ação em relação a qual se restrinja o poder do Estado de ditar normas reguladoras da conduta humana, colhe sua fonte principal na doutrina liberal. Não há que se falar nesse aspecto de contraposição entre a vertente liberal e a democracia, pois não estamos tratando da liberdade econômica, cujo exercício se subordina aos limites interventivos do poder público, na condução dos assuntos distributivos. A liberdade de ação individual, cuja concretização exige a intervenção mínima do Estado é aquela que se direciona à singularidade “espiritual”,¹⁸ às convicções de cada indivíduo, pelas quais ele pode pautar suas decisões.

A relação entre o liberalismo e a democracia apresenta, certamente, algumas dificuldades e divergências pontuais. O ideal é encontrar um enfoque diferenciado das exigências da democracia de acordo com a questão a ser decidida pelo sistema político. No concernente aos temas que mais se aproximam da definição dos projetos particulares destinados ao desenvolvimento da vida e da personalidade individual, parece acertado dizer que o liberalismo e a democracia são não apenas dois referenciais políticos “compatíveis”, como também que “estão ligados necessariamente entre si”.¹⁹ Isso se admite que a democracia tenha, como um dos seus pilares, a garantia da autonomia da conduta humana fora dos limites da coerção social legítima. Pois, como se verá adiante, a identificação da democracia com a ideia de participação, tradicionalmente definida pelo direito ao voto, pode significar nada mais “que um disfarce especial” da “tirania”,²⁰ situação na qual os postulados do liberalismo se veriam totalmente rejeitados.

A liberdade de vontade, como contraponto à autoridade política, é definida por Isaiah Berlin em dois sentidos paradigmáticos: no “sentido negativo”, configurador de uma área de atuação individual conforme as preferências de cada um, sem a “interferência de outras pessoas”, e no “sentido positivo”, que remete à legitimação das instâncias políticas dotadas de autoridade para ditar as regras de conduta naquilo que se enquadra em seus poderes específicos. Sob o ângulo da justificação da obrigação política, dentre os dois sentidos formulados, ressalta a precedência do primeiro. Contudo, a efetivação da liberdade individual só se complementa com a conexão lógica entre os dois sentidos de liberdade. Inicialmente, firma-se o direito à não intervenção alheia nas decisões de índole privada (sentido negativo), para, em seguida, firmar-se, igualmente, no tocante a esse mesmo tipo de decisões, o direito à autonomia legislativa, ou seja, à determinação das regras de conduta a partir dos próprios valores, “ideias e propósitos”, com a assunção da responsabilidade pelas consequências das escolhas pessoais.²¹

Por óbvio, o espaço privado de liberdade é passível de delimitação jurídica, mas há uma fronteira além da qual o Estado, inclusive a lei, não pode invadir, sob pena de comprometer o “desenvolvimento mínimo” das “faculdades naturais” do homem. Trata-se de um espaço da vida humana que “deve permanecer” fora do alcance do “controle social”, espaço esse no qual se enquadram as questões que em nada interferem nos assuntos afetos ao “progresso” e à “harmonia social”, como acreditam os filósofos liberais da modernidade.²²

16 LOCKE, op. cit. Livro II, § 131 (p. 499-500), § 135 (p. 504).

17 ROUSSEAU, op. cit., capítulo IV, p. 97-8. No mesmo sentido, GALSTON, William A. *Diversity, Toleration and Deliberative Democracy*. In: MACEDO Stephen. *Deliberative Politics*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999, 47.

18 BOBBIO, N., 2005, op. cit., p. 47.

19 Ibidem, p. 53.

20 BERLIN, I., op. cit., p. 178.

21 Ibidem, p. 169 e 178.

22 Idem, p. 171, 173.

Nessa linha de raciocínio, se existem limites para a ingerência “da opinião coletiva na independência individual”, como defende Stuart Mill, então a formulação das regras políticas e das leis deve ter por parâmetro não ultrapassar o domínio sobre o qual efetivamente se inserem os assuntos públicos. O domínio da liberdade de ação, por outro lado, compreende, primeiramente, o espaço da “consciência”, do “pensamento”, da “opinião”, e do “sentimento, em todos os assuntos, práticos ou especulativos, científicos, morais ou teológicos”, que estruturam nossas vidas de forma a “seguir nosso próprio caráter”. Obviamente, os atos que causam prejuízos aos interesses dos outros, “sem causa justificável”, se subordinam ao controle da sociedade, mas não os atos que concernem ao indivíduo.²³ Não se trata de negar categoricamente a validade da coerção, que não é classificável, em si mesma, como algo bom ou ruim. Pode se mostrar necessária para a prevenção de “grandes males”. Igualmente, a “não-interferência” não representa, em si mesma, algo bom ou ruim.²⁴ A resposta mais aceitável aos ataques liberais ao exercício da autoridade do Estado deve ser buscada em uma delimitação ponderada dos assuntos atinentes aos interesses sociais e dos assuntos atinentes aos interesses individuais. Quanto aos interesses individuais, deve-se estabelecer, ainda, em quais circunstâncias não há lugar para a interferência social, sendo admitidas algumas restrições adequadamente impostas.

A investigação central que se repete em todos os círculos de discussão atinente à liberalização do aborto diz respeito exatamente a essa indagação: em que condições o aborto é algo que concerne à vida da mulher, e não a de outrem, ou ao interesse social? Se a mulher, encontrando-se em um determinado país, pode livremente escolher o aborto no lugar da maternidade não planejada, e estando em outro país, não pode fazê-lo, de acordo com o posicionamento assumido pela respectiva legislação penal, é porque existem graus diferenciados de proteção à “espontaneidade” e à “individualidade”. Não se perca de vista que o desenvolvimento da democracia, no que pese afirmar a essencial fundamentalidade da igualdade de direitos e oportunidades, acarreta, até em decorrência dessa afirmação, se levada ao extremo, uma tendência a minimizar a garantia das escolhas pessoais e a padronizar o “caráter humano”.²⁵

Usualmente, em nome da preservação de valores sociais, em grande parte de natureza mística, vigora uma concepção comunitária em relação a qualquer tipo assunto, não se perquirindo se a natureza da questão não inere exclusivamente à consciência individual. O juízo do que é certo ou errado no plano da “conduta pessoal” não se sujeita à “opinião da maioria”, e não pode ser imposto “como uma lei à minoria”. Somente as “formas de conduta” condenadas universalmente são passíveis de proibição social.²⁶ O aborto, todos sabem, não é condenado universalmente, ao contrário, é legalizado na maioria dos países, com exceção daqueles cuja garantia do pensamento laico não é respeitada. Isso mostra que sua proibição não se compatibiliza com a democracia, no tocante às liberdades civis. O que se situa no campo de liberdade moral não pode ser transformado em obrigação imposta por lei, pois, nesse caso, o conteúdo da lei foi além dos limites dos poderes do Estado.

O princípio da não produção de prejuízos aos outros, postulado por Stuart Mill como sendo “a única restrição legal não problemática à liberdade individual”, é aplicável ao tema do aborto? Não se for o único princípio utilizado, ou seja: sim, a rigor o aborto não fere os interesses de terceiros, exceto na esfera de suas crenças pessoais. Mas aqui há de prevalecer a tolerância às diferenças. Contudo, o Estado organizado, por meio das forças dominantes, sempre terá a oportunidade de alegar o direito à vida nascitura, e enquadrar

23 MILL, John Stuart, *On Liberty*, Mineola/New York: Dover Publications, INC, 2002, p.4, 10, 46, 63. O direito à autodeterminação deriva, em síntese, da percepção de “que o indivíduo mantém, na sua intimidade, uma esfera onde seus comportamentos e ideais estão fora do poder de penetração das regras sociais; a essa esfera dá-se o nome de direitos primeiros ou fundamentais, que tem por escopo tutelar a individualidade e a personalidade, protegendo de quaisquer invasões ou ataques tanto de outros indivíduos como pela própria sociedade organizada, ou seja, o Estado”. A crise contemporânea da identidade individual leva o ser humano a lutar “para encontrar e afirmar sua personalidade, mas se vê lutando contra modelos de comportamento e valores impostos, e o resultado, quando não é a sublimação absoluta da individualidade, é a relativização total dos valores” (OLIVEIRA, Alexandre M. A. *Direito de autodeterminação sexual*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 6, 1).

24 BERLIN, I., op. cit., p. 175.

25 MILL, S., op. cit., p. 50-1.

26 Ibidem, p. 70-1.

o feto como uma categoria especial de “terceiro” prejudicado pela interrupção voluntária da gravidez. Em outros termos, “para definir prejuízo”, como base da legitimidade da obrigação política, pode-se “apelar para os padrões sociais”, o que torna o princípio do “não prejuízo” um princípio insuficiente para restringir a “coerção”.²⁷

Sob o prisma filosófico, a autonomia da vontade kantiana, preanunciada por Rousseau, por meio da noção de “autodeterminação política do cidadão”, “como participação no governo”, adiciona elemento essencial à rejeição da opressão desarrazoada à individualidade moral.²⁸ A filosofia de Kant encontrou forte expressão política no pensamento de Hans Kelsen. Este define “a reação contra a coerção” do Estado como um “protesto contra o tormento da heteronomia”. A submissão dos cidadãos a uma única “ordem jurídica estatal” não resultou na total eliminação do individualismo, ou seja, “uma parte maior ou menor da vida humana sempre escapa” à ordem social; dizendo de outra forma, “existe uma certa esfera em que o indivíduo é livre do Estado”.²⁹ Aproveitamos aqui a oportunidade para antecipar que o conceito de liberdade da vontade, como formulado por Kant, funciona como um pressuposto racional da afirmação da “Liberdade Civil, ou Social”.³⁰ A primeira diz respeito ao caráter racional da consciência humana, que, como tal, constrói a lei moral, derivada dos princípios puros práticos como regra universal para o julgamento da ação humana. A segunda postula a capacidade racional do indivíduo de ditar para si mesmo suas regras de conduta no contexto de uma comunidade política.

O argumento a favor da liberdade de escolha pela realização do aborto se fundamenta, de toda sorte, nos dois conceitos de liberdade. Para a vontade kantiana, legisladora para si mesma nos assuntos que não envolvam interesse político, um comando coletivo, derivado da opinião da maioria dos concidadãos, não é legítimo. Para a liberdade civil do utilitarismo inglês, a exigência de obediência a uma regra pública, formulada pela ordem estatal, não se justifica no tocante às escolhas de caráter ético. Certamente, a mulher que decide praticar o aborto segue os comandos de sua consciência individual, que não visualiza bloqueio moral à realização da conduta, e busca promover maior grau de felicidade à sua vida, o que se inviabilizaria se viesse a assumir os deveres da maternidade.

Após essa exposição e análise da base da teoria política moderna, é importante salientar, em linhas gerais, a título de conclusão parcial do problema ora tratado, que os pressupostos da teoria democrática de perfil individualista fortaleceram a doutrina das liberdades privadas, aperfeiçoando, desse modo, a concepção do Estado de Direito. Em um primeiro momento, tais pressupostos firmaram a supremacia do “positivismo jurídico”, logo, do “princípio da legalidade”, sobre o jusnaturalismo, que anteriormente havia representado importante papel na efetivação da liberdade política de resistência à opressão estatal. Legitimou-se, então, a separação entre o direito e a moral, entre a “validade das normas” e a “noção de justiça”. Posteriormente, na condição de uma doutrina em constante transformação no ambiente na prática social, o Estado de Direito

27 WOJCIECH, Sadurski. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 89 e 99.

28 O presente trabalho terá, ainda nessa parte, item específico para a análise da relação entre o modelo de razão prática kantiano e o pluralismo moral. Assim, não vamos enunciar, por ora, a exposição dos argumentos pertinentes. Os poucos comentários que se seguirão acerca da moralidade em Kant são somente os necessários para a indicação de suas semelhanças e distinções, em caráter sucinto, em relação ao paradigma individualista de Mill.

29 KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 172 e 27, 36 e 183.

30 É Stuart Mill quem identifica a liberdade civil à social (2002, op. cit., p. 1). Nesse trecho, Mill distingue com clareza a “Liberdade da Vontade” da “Liberdade Civil ou Social”, para pontuar que seu ensaio é sobre a natureza da segunda. Mill foi um autêntico liberal, mas preocupava-se igualmente com a democracia, e tinha por maior interesse filosófico, em seus escritos, traçar limites ao exercício do “poder público” e alargar o terreno da liberdade civil. No entanto, fundamentou sua doutrina da liberdade não nos princípios abstratos do direito natural, mas no utilitarismo de Jeremy Bentham, fortemente voltado para a maximização da felicidade. Ainda assim, embora Mill não tenha penetrado no território moral da liberdade da vontade, sua distinção entre a esfera pública e “a esfera privada” tem o mesmo sentido da distinção kantiana entre “ações externas” e “liberdade individual”. Em ambos os pensadores, somente quando as ações humanas podem “interferir no interesse de um outro” é que se sujeitam ao controle do “poder público”. São doutrinas antipaternalistas “por excelência” (Cf. BOBBIO, N, 2005, op. cit., p. 62-66), e calcadas na ética da responsabilidade, que advogam o direito de cada um de guiar-se por sua consciência, assumindo as consequências de suas escolhas (MILL, cit., p. 70).

assumiu, com a crise contemporânea do “Estado legislativo”, uma concepção crítica no que diz respeito à institucionalização do positivismo jurídico como fonte única do sistema normativo. Adveio dessa nova concepção o que pode ser denominado “Estado constitucional”, estabelecendo-se como critério essencial para legitimar a validade das leis sua compatibilidade com as “normas constitucionais substanciais”.³¹ Tal reviravolta representou, em uma linguagem diferenciada, o resgate da vinculação do direito aos princípios morais universais, inicialmente introduzida pela teoria do direito natural, dando corpo ao desenvolvimento dos direitos humanos, da concretização das liberdades básicas de pensamento e de consciência, e do pluralismo.

3. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A criminalização do aborto voluntário constitui uma situação que põe em xeque a validade da estrutura do regime democrático, em qualquer de suas formas, haja vista a ausência de temperamentos ao critério majoritário. Continuar negando à mulher o poder de decisão pessoal no tocante ao prosseguimento da gravidez, a despeito da evolução presenciada nas últimas décadas no direito internacional, em matéria de abertura à pluralidade de convicções morais, é algo que impõe uma reflexão acerca dos limites dos métodos democráticos de elaboração e revisão das leis positivadas. Não se revela plausível que a possibilidade de modificação da lei penal, no caso, fique restrita ao embate de argumentos apresentados por dois grupos cujas crenças se perpetuam ao longo do tempo, sob o único fundamento da prevalência da crença da maioria dos seus representantes.

O regime democrático é reconhecido como o mais adequado para a construção de um acordo social que determine, de forma justa, os limites da liberdade individual e da coerção do Estado. A formação do Estado legitima a submissão das pessoas a uma ordem jurídica, o que resultou na adoção do modelo de democracia representativa, calcada na prevalência da vontade da maioria. Mas não é sem dificuldades que se sustenta esse modelo, em face da inevitável opressão das minorias.³²

Rousseau, na opinião de Kelsen “talvez o mais importante teórico da democracia”, defende que a “associação” “ideal” é a que reduz “ao mínimo” “a possibilidade de uma decisão imposta à minoria”. Kelsen é um crítico do critério majoritário de tomada de decisões políticas, no que pese considerar a democracia o melhor dos regimes. Chama a atenção para o fato de que o processo político, por funcionar através dos partidos políticos, pode submeter a democracia não ao “interesse comum”, mas aos interesses “de um grupo dominante”. Considerando ser escasso o espaço da democracia direta, mantendo-se todas as sociedades sob a égide quase exclusiva da democracia “indireta”, “a liberdade” dos titulares do poder político se reduz ao “simples direito de voto”.³³

31 FERRAJOLI Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 422-25. As mesmas lições são proporcionadas pelo autor citado em outro texto de sua autoria, para o qual remetemos o leitor: *Sobre los derechos fundamentales*. In *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 71-2. O constitucionalismo é concebido como uma doutrina que prescreve a submissão dos poderes do Estado ao controle jurídico, com vistas à preservação das liberdades individuais. Sobre o assunto, inclusive no tocante ao conceito de Estado constitucional, consulte-se, também, REYES, M. A., *La Constitución como Paradigma*. In *Teoría del Neoconstitucionalismo*, op. cit., 2007, p. 32-39; GUASTINI, R., In *Teoría del Neoconstitucionalismo*, op. cit., p. 16-22;

32 Entendemos o termo “minorias” como representando o grupo de pessoas cuja vontade não se coaduna com a vontade da maioria. Não se trata de um grupo social específico, necessariamente menos numeroso no seio da sociedade, mas antes do grupo de pessoas que não concordam com a posição majoritária estabelecida no processo de elaboração das leis. Em relação ao aborto, por exemplo, não se pode dizer que as mulheres simbolizem, como um todo, uma minoria coagida pela proibição de interromper uma gestação indesejada. Muitas mulheres são contra o aborto, e reforçam a posição que se opõe à sua legalização. Em caso de plebiscito, por exemplo, essas mulheres votariam pela não descriminalização do aborto. Representam a minoria, no sentido usado neste estudo, a qual se vê obrigada a não conduzir seu destino reprodutivo de acordo com sua própria vontade, as mulheres que consideram o aborto uma opção moralmente legítima de controle de natalidade.

33 Cf. KELSEN, 1993, op. cit. p. 29, 40.

A relação entre as opiniões da maioria e os interesses da minoria, no interior das decisões políticas, é o aspecto não solvido na fundamentação da legitimidade da democracia representativa. Sempre, em caso de ausência de unanimidade de opiniões, uma posição antagoniza com a outra, sem que o critério quantitativo, referente ao número de votantes, signifique garantia de se chegar à decisão correta ou justa, levando-se em conta os interesses de todos. No regime monárquico, o “poder absoluto” de um único homem pode ser mal utilizado com o objetivo de minimizar a força dos adversários. Porque não pressupor que a maioria, no regime democrático, possa incidir no mesmo erro?³⁴ Se a maioria pode incidir em erro, porque, em assuntos de valoração ética, em que é justo conceder ao indivíduo ampla autonomia decisória, insiste-se na predominância da opinião do grupo majoritário?

No processo parlamentar, base da democracia representativa, os direitos individuais fundamentais não têm primazia, por isso a defesa desses direitos se solidifica por meio do argumento da necessidade da proteção da “minoria contra a maioria”. A questão é complexa, porque “a vontade da maioria” não equivale à “vontade geral”, por isso termina simbolizando o “domínio da maioria sobre a minoria”. Kelsen rejeita essa tese por entender que o que existe na prática democrática é um embate de vontades, onde a vontade da minoria tem espaço para interferir nas decisões, podendo, em outro momento político, converter sua opinião na opinião majoritária. Isso, em tese, favoreceria a criação de “um compromisso na formação da vontade geral”, que sintetiza “os interesses opostos”.³⁵

Ocorre que a perspectiva de revisão da vontade da maioria, pela evolução natural dos valores sociais, não elimina a facticidade da opressão da minoria, ao menos até o momento em que seus argumentos não alcançam eco na elaboração das leis. Nos países nos quais o aborto é ainda considerado crime, os interesses das mulheres que recorrem ao aborto clandestino, em condição de riscos à própria vida, não vêm sendo levados a sério pelos legisladores, e não se vislumbram, regra geral, grandes esperanças de que isso se modifique, diante da tendência à continuidade da supremacia dos grupos representados pelas autoridades que defendem os interesses do nascituro. Em sua situação como essa, as mulheres que se decidem pelo aborto, minorias no sentido político, são levadas, por razões pessoais, à desobediência à lei e à prática de infração penal, sem que se atente para a necessidade da proteção de suas vidas. Como destacado por Hamilton, o processo de escolha dos representantes políticos pode favorecer “uma classe particular de cidadãos”, excluindo, assim, a proteção dos interesses de uma parcela minoritária da sociedade cuja garantia é dever institucional do Estado democrático.³⁶

Em um contexto contratual, pressupõe-se que os acordos entabulados coletivamente serão equitativos, protegendo-se os interesses de todos os membros da sociedade, e, ao mesmo tempo, mantendo-se o maior grau de liberdade possível. Entretanto, como afirma Ferrajoli, “a democracia” não se confunde “com a vontade da maioria”, razão pela qual uma “presunção apriorística de legitimidade da vontade popular” não é válida.³⁷ A perspectiva de um “compromisso” democrático com as posições minoritárias depende do

34 TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. United States: Pacific Publishing Studio, 2010, p. 111-112. Nessa obra, escrita em 1835, na qual o autor, embora se mostre fascinado pela eficiência da democracia nos Estados Unidos da América, considera como uma “coisa ruim e perigosa” “o ilimitado poder” conferido pelo país ao critério majoritário. Em nenhum outro país a lei se modifica com tamanha rapidez, o que se garante pela mudança anual dos representantes dos órgãos legislativos e pela forma resoluta em que as decisões são executadas. Tão logo elas se mostrem ineficientes para a realização do princípio da equidade, protegendo os interesses de todos, tão logo elas são alteradas na legislatura seguinte (p. 110). Mas, mesmo com esse nível excelente de funcionalidade, a “onipotência da maioria”, segundo Tocqueville, pode assumir uma forma tirânica e despótica, pois todas as instâncias decisórias, desde os poderes constituídos até a opinião pública, se posicionarão em conformidade com um único e mesmo critério, o da dominância majoritária (p. 112). O ilimitado poder da maioria, assim entendido, é ruim em si mesmo, e compromete a liberdade, eis que os indivíduos se enxergam submetidos aos seus ditames até nas questões mais íntimas de sua personalidade. (Para uma compreensão mais detalhada da democracia norte-americana no século XIX, e da abordagem do autor acerca dos riscos do critério majoritário, recomendamos a leitura do próprio livro citado, capítulos XV e XVI, p. 109-123).

35 KELSEN, 1993, op. cit., p. 67-70.

36 HAMILTON, Alexander, JAY John and MADISON James. *The Federalist*. The Gideon Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 2001, p. 310. Ver, no mesmo sentido, TOCQUEVILLE, A, 2010, op. cit. p. 116.

37 FERRAJOLI, *Sobre los derechos fundamentales*, op. cit., 2007, p. 85.

estabelecimento de requisitos racionais que promovam a aceitação geral das restrições individuais. Essas restrições precisam ser razoáveis, para que as pessoas não as repute arbitrárias e opressivas.

Recorrer a um método procedimental tal como o idealizado por Rawls, através das ideias de “posição original” e de “véu da ignorância”, certamente é um caminho positivo, do ponto de vista lógico-metodológico, para se alcançar esse resultado. Para aqueles que entendem desnecessária a remissão a tais premissas abstratas de sua teoria da justiça, talvez simplesmente por em prática, no processo político, a concepção segundo a qual os membros da associação política, “como pessoas morais”, possuem o direito de participar na escolha dos princípios de justiça, e de argumentar a favor de suas razões, fosse suficiente para a otimização do “compromisso” coletivo com a realização dos interesses antagônicos. Tendo-se em mente o alcance do princípio da equidade, paradigma para o juízo acerca da adequação das restrições políticas às “concepções razoáveis do bem individual”,³⁸ poder-se-iam assentar, numa visão constitucionalista, limites para além dos quais as decisões parlamentares impeditivas do exercício das liberdades individuais se convertessem em decisões ilegítimas.

Nem é preciso enfatizar que a concretização do ideal “de justiça procedimental perfeita”, que requer a inclusão das “liberdades de cidadania igual” - “liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade de direitos políticos” – não se efetiva nos processos políticos particulares, pois sempre pode ser produzido um resultado injusto. O máximo que se pode alcançar é o sistema “da justiça procedimental imperfeita”, cuja tarefa é escolher dentre os vários “arranjos procedimentais” possíveis aquele que tem “maior probabilidade de conduzir a uma ordem jurídica justa e eficaz.”³⁹

É aí que a prática da democracia indireta evidencia suas falhas e seus limites na proteção das liberdades individuais. Em tese, a Constituição deve “garantir uma igualdade equitativa de participação e de influência no processo político”. Em um regime democrático, todos devem participar do debate público, todos devem ter condições de avaliar em que medida as “políticas promovem sua concepção do bem público”. Para evitar a prevalência dos interesses dos mais poderosos economicamente deve “haver medidas de compensação”. “Historicamente”, o “governo constitucional” não tem sido capaz “de assegurar o valor equitativo da liberdade política” em razão das “desigualdades do sistema socioeconômico”.⁴⁰

Por isso, a teoria constitucionalista gestou outra concepção de democracia, a chamada democracia participativa, segundo a qual o critério majoritário apresenta maior grau de legitimidade se for o resultado da manifestação direta dos cidadãos. Superados os pressupostos do jusnaturalismo e do “positivismo”, a noção de uma “Constituição aberta” trouxe nova substância à normatividade jurídica, afastando-a “dos modelos representativos clássicos”. A supremacia da “Constituição” é o sustentáculo da “democracia participativa”, por ser “o meio mais seguro de concretizar o Estado de Direito”. Entender que “a regra” vale “mais que o princípio” é um “contra-senso jurídico”, e compromete a “integridade” constitucional.⁴¹

Firmando a contraposição da democracia participativa ao legalismo jurídico, Paulo Bonavides faz referência à teoria estruturante do Direito de Friederich Müller como sendo a “metodologia interpretativa” por excelência para a implantação de um constitucionalismo dissociado da representação eleitoral. Segundo essa metodologia, a regra do texto legal somente se completa após sua concretização na “dimensão material”, construída pelo intérprete do direito no âmbito da “realidade fática”.⁴² Com efeito, Müller, logo na introdução de sua doutrina, não deixa dúvidas quanto à originalidade e clareza do método proposto: os “textos de

38 RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21-3, 38.

39 Ibidem, p. 242-3.

40 Idem, p. 276-9, 282-3.

41 BONAVIDES Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 35, 37, 134. A leitura de Bonavides centraliza-se na interpretação dos artigos 1º, parágrafo único, e 14, da Constituição Brasileira, que enunciam a igualdade da participação política de todos os cidadãos com direito a voto, pela via direta e indireta. Advoga o autor que a não regulamentação do “plebiscito”, do “referendum” e da “iniciativa popular” significa impedir a efetivação da “democracia direta”, carimbando a atuação do legislativo com a marca da “inconstitucionalidade material por omissão”. (op. cit., p. 40, 127).

42 Ibidem, p. 38-9.

normas” são “pré-formas legislativas da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão”. Em outra linguagem, O texto positivado na lei é apenas uma “norma-programa”, do qual se parte para a construção do “âmbito da norma”, na concretude da prática jurídica, em que aquele texto adquire conteúdo empírico, reconciliando o ser e o dever ser, o direito e a realidade. Nesse enfoque, Müller insere na estrutura da norma jurídica os “elementos materiais” da vida social.⁴³

Pois bem. O que o paradigma da ressignificação material da normatividade jurídica e a dimensão da democracia participativa nos ensinam no que diz respeito ao controvertido tema do aborto? Afigura-se de todo subsistente afirmar que a invalidação das normas penais proibitivas do aborto depende de que se firme sólida posição, nas instâncias decisórias, no sentido de serem elas interpretadas à luz dos princípios constitucionais, pressupondo-se sua primazia sobre a regra textual das leis infraconstitucionais. No contexto brasileiro, a discussão deve situar-se dentro da teoria do constitucionalismo, reputando-se desarrazoado o argumento em defesa da vontade dos representantes dos poderes institucionais de 1940, já que as regras penais em questão foram elaboradas quase cinquenta anos antes da carta de princípios firmada pela Constituição Federal vigente. As técnicas de interpretação conforme a Constituição, utilizadas nas ações de controle de constitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, têm por fundamento exatamente a concepção de que é no âmbito da aplicação da regra jurídica, com a consideração dos valores imanentes à realidade sócio-empírica, que se confere caráter normativo à regra-texto.

Outro fator a ser sopesado é a dificuldade de se assegurar uma interpretação principiológica nos moldes da democracia representativa. O legislador ordinário, no que pese atuar em nome daqueles que o elegeram, portanto, em nome dos interesses sociais, não tem se mostrado sensível à transformação axiológica que contorna a fundamentalidade das liberdades individuais de escolha de convicções morais e religiosas, que são a expressão maior do pluralismo político, expressamente previsto no artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal, como um dos alicerces do “Estado Democrático de Direito”. Na perspectiva da democracia participativa, avulta consistente o crescimento da atuação dos juízes, chamados por Paulo Bonavides legisladores de “terceiro grau”. O juiz, “desde o advento da Nova Hermenêutica” e pela própria característica de sua função de intérprete da lei, tende a resolver com adequação “as antinomias do positivismo”, combinando “a doutrina com a realidade”. Em suma, o juiz, ao interpretar a norma, a toma, na esteira de Müller, como ponto de partida, e impõe “a prevalência” “do direito vivo” “sobre a regra oxidada do direito vigente de vestes formais”.⁴⁴

Considerando a centralidade do pluralismo moral e político na ordem constitucional, tampouco seria válida a proposta de uma Emenda Constitucional com o objetivo de manter a proibição do aborto salvo nos casos admitidos pelo Código Penal e no caso de anencefalia. Uma tentativa como essa, flagrantemente focada na intenção de impedir a ampliação das hipóteses de legalização do aborto, sofreria a pecha da ilegitimidade democrática, haja vista sua inteira contraposição aos pressupostos adotados pela lei maior no tocante aos direitos fundamentais. Qualquer espécie de revisão da Constituição somente é admissível quando não importa em modificação de sua “identidade material ou axiológica”. Reforma tem o significado de uma “modificação marginal” para a concretização de aspectos não detalhados na Constituição. Do contrário, não seria uma mera reforma, mas sim a “instauração de uma nova Constituição”. Os “princípios” fundamentais, especialmente os relativos ao direito de escolha de convicções morais, são limites (lógicos) infranqueáveis para a reforma constitucional”.⁴⁵

43 MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metódica Estruturantes*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 11,13,17. É digno de observação o fato de que o constitucionalista alemão é um crítico da jurisprudência do “Tribunal Constitucional Federal” do seu próprio país, que se pauta, na interpretação constitucional, pelo respeito não à “vontade subjetiva do legislador”, mas à sua “vontade objetivada”. Müller acredita, entretanto, que mesmo essa “vontade objetivada”, seja qual for sua compreensão, precisa ser “verificada de modo fundamentado” (cf. op. cit., p. 39). Para um conhecimento mais aprofundado da teoria estruturante do direito, sobretudo dos critérios para a composição dos valores sociais na definição prática do “âmbito da norma”, recomenda-se a leitura direta de Müller, op. cit., especialmente da parte B, item 2.

44 BONAVIDES, P, 2008, op. cit., p. 21-2

45 GUASTINI, R. *El concepto de Constitución*. In *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, op. cit, 2007, p. 24-5.

A importância do controle da constitucionalidade das leis na mitigação “dos excessos da democracia”, no sentido dos resultados inadequados da regra majoritária, é destacada nas teorias políticas, sobretudo a partir do século XIX, como o mais poderoso elemento da garantia das próprias premissas do Estado democrático. O debate empreendido nas cortes judiciais, com tendência ao adensamento dos princípios constitucionais, proporciona um balizamento dos “vícios” do “governo popular”, equilibrando a influência das paixões e da “impetuosidade” dos argumentos particulares na tomada de decisões que direcionam a prática jurídica. O controle judicial dos atos legislativos representa o “controle” exercido pelo direito sobre a “democracia”, o que se coaduna com a perspectiva do aperfeiçoamento máximo da concretização dos direitos no cerne do sistema político. É de acentuar, nesse ponto, a permeabilidade da atuação conjunta das instituições políticas e das instituições jurídicas, estando fora de cogitação, no tempo atual, falar-se, ainda, do descabimento da interferência judicial na vida política. Qualquer tentativa de “diminuir o poder judicial” pode produzir “consequências fatais” ao desenvolvimento da democracia, sobretudo na seara das liberdades civis.⁴⁶

O tema do aborto é um exemplo clássico da pouca abertura do procedimentalismo democrático⁴⁷ à inclusão da liberdade decisória da mulher, na esfera dos direitos reprodutivos. Os problemas socioeconômicos marcam profundamente a condição das mulheres que enfrentam uma gravidez indesejada, e, até por isso, os argumentos favoráveis à regulamentação do aborto, à luz dos direitos de liberdade, deveriam encontrar maior acolhimento no modelo da democracia representativa. Por outro lado, sob o prisma da democracia participativa, postulada por Paulo Bonavides, também não há mecanismos eficazes para que as vozes das mulheres sejam ouvidas no espaço político, haja vista a polarização do debate em torno dos direitos da vida fetal como uma barreira intransponível para a justificação de suas concepções morais particulares.⁴⁸

Ainda assim, é louvável que o “parâmetro tradicional da legalidade”, como fonte exclusiva do direito, tenha sido quebrado sob a perspectiva da democracia participativa. A partir daí, as regras do Código Penal criminalizadoras do aborto podem ser questionadas e postas sob o controle de sua “juridicidade”. O conceito de “legalidade” estrita foi substituído pelo conceito de “legitimidade”, estando este centrado na garantia dos “direitos fundamentais”. Os pressupostos da prática jurídica “pós-positivista” agregaram ao paradigma da legalidade os conceitos de “legitimidade” e de “licitude”, constituindo o primeiro “um fundamento político” e o segundo “um fundamento moral”, ambos essenciais para a dicção do direito sob a ótica de um sistema de justiça. A criação de novas fontes de legitimação, pela participação direta dos cidadãos no processo político, relativizou “o caráter absoluto das leis parlamentares”, engrandecendo a atuação de outras instâncias de poder como a dos órgãos que desempenham “as funções essenciais da justiça” ou a dos órgãos executivos.⁴⁹

46 TOCQUEVILLE, A, 2010, op. cit., p. 117,120.

47 Usa-se esse termo no sentido imaginado por Kelsen e Rawls da possibilidade da construção de “arranjos procedimentais” capazes de otimizar uma justa composição entre a equidade e as liberdades individuais.

48 As demandas femininas encontram pouca projeção na mídia, que dá mais espaço para a veiculação dos “dogmas religiosos”, deixando de enfatizar, por exemplo, a insegurança do aborto sob a ótica da saúde pública. Em regra, a mulher é ignorada na qualidade de sujeito central da abordagem do tema. Embora os periódicos “jornais, revistas” estejam abertos à informação acerca das liberdades fundamentais e aos direitos reprodutivos, não se reconhece a autoridade da bioética enquanto uma área de conhecimento responsável pela definição dos limites morais da admissibilidade do aborto. Prefere-se a apresentação do drama feminino de uma maneira em que a mulher é mostrada como vítima, e não como sujeito ao qual se nega a capacidade decisória (DINIZ, D, et al. *Série Anis: mulheres, mídia e aborto*. Série Anis 20, Brasília, Letras Livres, 1-8, maio, 2001, Versão PDF, p. 2-4. Disponível em [http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa20\(dinizdamasceno\)midia aborto.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa20(dinizdamasceno)midia aborto.pdf)). Saliente-se que, no caso do Brasil, tem-se, atualmente, como autoridade máxima uma mulher. A presidente Dilma Rousseff manifestou-se publicamente, em 04/10/2007, a favor da legalização do aborto. Posteriormente, devido à grande repercussão negativa do seu pronunciamento perante os grupos religiosos e à proximidade da eleição, a presidente se viu forçada a retratar-se, afirmando, em 29/09/2010, ser pessoalmente “contra o aborto, considerando-o “uma violência”(cf. Revista Veja, Editora Abril, edição 2186, ano 43, n. 41, 13/10/2010, capa e p. 62-3. Disponível em www.veja.com).

49 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social*. In *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 92-4, 99. 104-5. O autor aborda os novos “critérios de juridicidade para a ação do poder público”, os quais contribuem muito para a possibilidade da revisão das leis ordinárias em sede constitucional, e para a solidificação de “uma autêntica democracia material”, que vai “muito além dos restritos horizontes da democracia representativa”. Um sistema “estritamente procedimental” é ineficaz, porque se alicerça exclusivamente

Com base na abordagem da democracia participativa, ou material, a investigação acerca dos mecanismos políticos e jurídicos à disposição da mulher para pleitear o direito ao aborto adquire um perfil mais fluido. No Brasil, as mulheres, assim como outros grupos sociais, vêm encontrando canais de aproximação às esferas decisórias do poder executivo.⁵⁰ Contudo, os projetos de reforma da legislação penal, no tocante ao aborto, esbarram nos impedimentos criados pela posição majoritária. A ideia de um plebiscito, como uma forma de trazer a decisão para o plano da democracia direta, com a participação de todos os cidadãos, configura uma proposta inovadora, mas pode não conduzir ao resultado esperado em relação à ampliação da autonomia da mulher. Em caso de vitória da posição contrária, o engrandecimento do exercício do poder da mulher, como sujeito de direitos, seguiria impedido pelo critério majoritário, não sendo demais enfatizar que os aspectos morais da formação da personalidade não se subordinam à chancela popular ou estatal.

4. TEORIAS DA JUSTIÇA: ÉTICA E MORALIDADE POLÍTICA

O debate sobre o aborto direcionou-se, nos tempos atuais, para o aprofundamento das teorias morais, que procuram delinear parâmetros gerais de definição das obrigações políticas que os indivíduos assumem perante a comunidade em que estão inseridos. Aliás, separar o que pertence à esfera da livre condução da própria vida e o que constitui dever moral, em relação aos direitos e interesses dos outros, é questão essencial para o propósito de delimitar a ação legítima do Estado na restrição dos direitos individuais em geral, não só no que tange ao aborto.

A distinção filosófica entre os valores éticos e os valores morais é o ponto de origem para a divisão entre o âmbito do exercício das liberdades subjetivas e o âmbito do exercício do poder coercitivo do Estado. Na tentativa de investigar esse controverso tema, nas sociedades democráticas, tomaremos como referência maior o magistério de Ronald Dworkin, que afirma o seguinte: os princípios éticos configuram juízos acerca das ações humanas que os indivíduos podem livremente realizar para o seu próprio bem-estar. O fundamento da liberdade decisória, em assuntos pertencentes à ética, é o “princípio da responsabilidade pessoal”, do qual deriva o conceito de “independência ética”. Por outro lado, os princípios morais dizem respeito àquilo “que nós devemos fazer, e não fazer, aos outros”.⁵¹

Dworkin, através de uma interpretação que integra a ética e a moral, constrói uma teoria objetiva substancialista, com o intuito de justificar seu princípio da “independência ética”. Em outras palavras, procura estabelecer critérios para a classificação dos juízos éticos entre juízos verdadeiros ou falsos. Ao mesmo tempo, rejeita as premissas metaéticas, que, para algumas teorias filosóficas, constituem fundamentos transcendentais que conferem objetividade, ou caráter de verdade ou falsidade, aos juízos éticos. A filosofia substancialista de Dworkin se alicerça em argumentos morais, e não metafísicos. Em seu esforço de refutar o relativismo moral, Dworkin firma critérios argumentativos que possam levar, por meio de uma “reflexão compreensiva”, a uma decisão correta para os problemas práticos da vida sócio-política.⁵²

nas regras formais para a escolha dos agentes políticos, não importando o conteúdo das leis ou das políticas públicas (op. cit., p. 105-7, 109-10).

50 Não há lugar, nesse ensaio, para a consideração do grau de eficácia das políticas públicas do Ministério da Saúde e áreas técnicas do executivo, além de outras entidades de direitos humanos. Deixaremos o tema para estudo futuro, que queremos realizar seguindo as premissas ora desenvolvidas da urgência da implementação de um paradigma constitucional de legitimidade e aplicação das leis.

51 DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011, p. 1-2, 4, 13, 25.

52 *Ibidem*, p. 23-27. Entenda-se o termo relativismo como significando a negação da existência de critérios racionais para o julgamento dos juízos morais, o que importa em tomar todos os argumentos na condição de argumentos igualmente válidos, não se atentando para o parâmetro de sua razoabilidade. Nesse sentido, relativismo não se identifica com pluralismo, no qual a aceitabilidade dos argumentos depende de sua compatibilidade com os princípios morais universalmente aceitos. A tortura e a escravidão, por exemplo, não são justificáveis sobre o prisma do pluralismo, embora possam o ser sob o prisma do relativismo. Este, devido à total ausência de objetividade na avaliação da validade das proposições morais, pode desembocar na institucionalização de ideologias

Os julgamentos de natureza moral subsumem-se à distinção entre a esfera da “moralidade pessoal” e a esfera da “moralidade política”. No primeiro caso, o juízo de valor é definido a partir de um enfoque individual, incumbindo a cada pessoa delimitar o dever que possui “de ajudar os outros e de não prejudicá-los”, independentemente da deliberação coletiva. No segundo caso, trata-se de definir as obrigações impostas a todos os membros comunitariamente organizados sob a forma de Estado social, no que concerne aos interesses dos outros.⁵³ Desse modo, o poder coercitivo da sociedade organizada somente deve ser exercido na regulação das questões de moralidade política, que, como tal, caracterizam uma espécie de eticidade unitária, de cunho coletivo. Na dimensão da moralidade política, para os assuntos que lhe são próprios, é legítimo, portanto, falar-se em obrigações morais culturalmente construídas, a partir de valores e convicções comunitárias, reduzindo-se, nessa esfera, a proteção da autonomia individual.

Nessa perspectiva, Dworkin problematiza a possibilidade de se afirmar uma solução correta para a efetivação do direito ao aborto. Para o autor, a incerteza das respostas dadas pelas duas posições conflitantes, a favor e contra o aborto, não implica na certeza de que não exista uma acomodação correta entre elas. O argumento que defende a proibição do aborto não seria, assim, “mais forte ou mais fraco” que o argumento que defende sua permissão. Normalmente, nos casos difíceis (*hard cases*) não se alcança uma decisão que se pretenda correta adotando-se completamente uma das posições antagônicas, ou seja, nenhum dos dois lados apresenta o melhor argumento como um todo.⁵⁴

Sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, a normatização de julgamentos morais a respeito de assuntos complexos e sensíveis, dentre os quais se destaca aquele em estudo, depende, em primeiro lugar, da consolidação de um paradigma fundado não somente nos interesses sociais, mas, com igual peso, na ampliação dos direitos individuais. Compreender se o aborto, na linguagem de Dworkin, é um tema de natureza ética, de moralidade pessoal ou de moralidade política é essencial para o desenvolvimento da reflexão. Nas duas primeiras hipóteses, não seria o caso de se exigir um acordo coletivo sobre a admissibilidade do aborto, o que retiraria a legitimidade do Estado de impor uma valoração única obrigatoriamente vinculante no âmbito da vontade individual. Na terceira hipótese, em sendo o aborto uma questão de moralidade política, o poder decisório da mulher demandaria uma acomodação racional no interior do processo político-deliberativo, não se perdendo de vista as devidas restrições ao poder coativo do Estado.

É razoável propor, ainda, que a justificação do direito ao aborto possa envolver conclusões distintas de acordo com o desenvolvimento do processo gestacional. O que se quer dizer com essa proposição é que o aborto pode, por exemplo, ser considerado um tema afeto à liberdade ética ou à moralidade pessoal até determinado estágio da gestação, e um tema afeto à moralidade política após esse tempo. Em sociedades mais liberais, como a norte-americana, admite-se a liberdade decisória da mulher, no que concerne ao aborto, até o final do segundo trimestre de gestação, sendo que os estados podem regular sua realização após o final do

políticas totalitárias e absolutistas. Com efeito, John Rawls, em sua defesa do pluralismo político, preocupa-se em enfatizar que a noção de “consenso sobreposto”, que, segundo o autor, possibilita a conciliação entre diferentes concepções de bem e de justiça, não configura uma perspectiva de Indiferença à definição de uma concepção como sendo mais razoável que as demais. Não se trata, portanto, como voltaremos a falar adiante, de uma proposição cética ou relativista (Cf. RAWLS, J. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press. 2005, p. 150).

53 Idem, p. 327-8.

54 Idem, p. 42,44, 95. A rigor, Dworkin acredita ser possível justificar uma posição a favor ou contra o aborto com base em “fundamentos morais”, e que, por isso, as diversas opiniões sobre o assunto não são igualmente válidas, a maneira do que é afirmado pelos autores céticos, dentre os quais Dworkin destaca Rorty. Se o aborto fosse considerado certo ou errado exclusivamente com base nas opiniões subjetivas das pessoas, não seria possível buscar uma resposta que fosse sustentável como a mais correta do ponto de vista dos valores constitucionais objetivos (Cf. *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*. In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2, Spring, 1996, p. 95-99. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/296192>>. Acesso em 10/08/12). O significado de objetividade em relação aos juízos morais, que Dworkin defende em substituição ao conceito de verdade das teorias realistas, atende à pretensão de fundamentar um modelo de avaliação das convicções morais que se desprenda da visão cognitivista. Pretensões morais não se validam por sua correspondência a fatos, ou, melhor dizendo, não possuem estatuto ontológico. Ver também, no mesmo sentido, TERSMAN, Folke. *Moral Disagreement*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006, p. 18.

primeiro trimestre de gestação.⁵⁵ Na maioria dos países europeus, assim como em alguns países latino-americanos, que na última década legalizaram o aborto, como o México e o Uruguai, essa liberdade é garantida, grosso modo, até doze semanas, ou, no mínimo, até dez semanas de gestação.⁵⁶

Adotando-se essa gradação na definição da natureza do direito ao aborto, sob o enfoque da teoria da moralidade, fácil é concluir que no Brasil tanto o Congresso Nacional quanto o poder judiciário estão autorizados, no exercício dos poderes que lhe são próprios, a submeter a legislação punitiva do aborto a um procedimento de atualização hermenêutica, sopesando sua compatibilidade com a índole principiológica da Constituição vigente. Nem seria importante ponderar se o aborto, nos estágios iniciais do desenvolvimento embrionário ou fetal, ainda utilizando a conceituação de Dworkin, é uma questão que pertence à esfera da moralidade individual ou da ética, pois, em ambos os casos não se caracterizaria a legitimidade do Estado de impedir a efetivação da liberdade de escolha.

Sob qualquer ângulo de análise, a discussão moral sobre o aborto se centraliza na tensão existente entre as obrigações políticas legitimamente impostas aos indivíduos e suas liberdades básicas. Uma comunidade é uma espécie de categoria coletiva do pensamento político, que se sobrepõe aos interesses individuais nos assuntos de interesse público. A obrigação moral de tratar todos os cidadãos com “igual consideração e respeito” certamente limita as liberdades individuais. Contudo, podemos dizer, junto com Dworkin, que “liberdade e igualdade” não são “valores conflitantes”, o que fornece fundamento para a compatibilização entre os poderes coercitivos do Estado e a liberdade de decisão individual nos projetos de natureza ética. Para isso, os direitos reprodutivos, particularmente o direito ao aborto, em algumas circunstâncias fáticas, devem “ser regulamentados com fundamento na independência ética”, e não com fundamento na “verdade ou” “popularidade de um julgamento ético coletivo”.⁵⁷

A liberdade de definição de perspectivas de vida, e sua vinculação ao princípio da igual proteção “perante a lei” (CF, art. 5º, *caput*), é assunto bastante desenvolvido pelas teorias da justiça, que procuram estabelecer até que ponto a sociedade pode exigir dos cidadãos que se sacrifiquem em prol do bem comum. John Rawls assenta um modelo de estrutura social calcado na prevalência do princípio da liberdade. Os princípios da justiça de Rawls demandam a não imposição de sacrifícios excessivos aos indivíduos, na seara dos seus projetos de vida.⁵⁸ A análise é conduzida sob o prisma do sentimento de “auto-respeito”, que importa no direito de cada um de levar adiante sua “própria concepção do bem”.⁵⁹

Não obstante o suporte filosófico-jurídico fornecido por teóricos de perfil liberal, como Rawls e Dworkin, para a justificação da admissibilidade moral do aborto, temos consciência da dificuldade argumentativa envolvida nesse propósito. A distinção entre moralidade e eticidade é bastante problemática, e recebe abordagem variada nas distintas teorias de justificação moral. Além disso, são enormes as dificuldades encontradas na operacionalidade prática dessa distinção, não se alcançando um consenso. O tema do aborto é emblemático nesse sentido, pois pode ser considerado um tema próprio da razão pública, que, como tal,

55 Conforme decisão da Suprema Corte, caso *Roe v. Wade*, 410 U. S. (1973).

56 Apenas mencionamos a informação acima a fim de ponderar a existência de possibilidades diferenciadas de incorporação da proteção das liberdades individuais em um sistema jurídico-constitucional. Não podemos tratar, no espaço desse texto, da regulamentação do aborto nos diversos países democráticos. Mas podemos afirmar não haver mais lugar para a não legalização do aborto em nível adequado à evolução do acolhimento dos direitos de liberdade. O Brasil, diga-se de passagem, deu início a uma mudança interpretativa em direção a essa meta, com a decisão proferida na ADPF 54, que autorizou a antecipação do parto de feto anecéfalo, com fundamento na autonomia reprodutiva e na proteção da saúde da mulher (Acórdão disponível em www.stf.jus.br).

57 DWORKIN, 2011, p. 331, 376.

58 Ver, a esse respeito, PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard, *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*, 2008, p. 113; Em regra, essa ideia se apresenta na doutrina sob o prisma do que se costuma chamar: “direito de personalidade em geral”. Ver, também, CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*, 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, que chega a afirmar que “cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa” (1999, p. 372). DWORKIN concebe a mesma ideia, vinculando-a expressamente ao princípio da dignidade enquanto uma dignidade humana individual (*Life's Dominion*, 1994, p. 233-237).

59 RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 217-9. Rawls se preocupa em estabelecer qual o modelo de justiça melhor edifica “a base moral pública da sociedade”. (p. 223).

exige uma definição comunitária à qual todos obrigatoriamente devem submeter-se, independentemente de suas valorações pessoais, ou pode ser considerado uma questão cujo conteúdo moral deve ser determinado autonomamente pela mulher, decidindo ela própria, sem interferências alheias, em caso de gravidez indesejada, pela realização ou não do aborto.

A teoria moral de Jürgen Habermas é um exemplo de fundamentação de uma racionalidade moral fundamentada no consenso argumentativo. Trata-se de uma perspectiva procedimental na qual não há lugar, ao menos de forma significativa, para a afirmação dos princípios éticos enquanto princípios centrados na concepção individual de bem-estar. Os conceitos éticos e os conceitos morais, inclusive, são diferenciados por Habermas de maneira não coincidente àquela definida por Dworkin. Em Habermas, a esfera da moralidade corresponde ao modelo monológico da razão prática kantiana. Sendo assim, afirmar a ilegitimidade da ingerência social nos direitos de liberdade, em determinadas matérias, se assim se pretende, é algo que se situa, na ética do discurso de Habermas, no plano da moralidade abstrata, estruturada a partir de princípios derivados da razão pura. Por outro lado, a “vida ética” (*Sittlichkeit*) se sedimenta no contexto interpretativo-pragmático de uma comunidade sócio-política.⁶⁰

Habermas é enfático em posicionar-se, a partir de seus postulados teóricos, no sentido “da primazia da vida ética sobre a moralidade”, propondo um modelo de normatividade historicamente contextualizada. Sob tal enfoque, até mesmo as decisões em relação às quais seria razoável a proteção primal do respeito às escolhas individuais estão subordinadas ao procedimento de justificação argumentativa, ou seja, as convicções morais individuais somente são passíveis de adquirir validade normativa quando objeto de um acordo coletivo. Afirmar o respeito pelas crenças e convicções pessoais razoáveis, sob o prisma da ética da responsabilidade de Dworkin, é algo que se contrapõe, em princípio, ao critério da validade intersubjetiva dos julgamentos morais, em um sistema de cooperação discursiva, tal como o construído por Habermas.⁶¹

A pergunta que ressurge no âmbito dessa controvérsia reflexiva é a seguinte: qual o espaço concedido pela ética do discurso às liberdades individuais? O “princípio da universalização”, como “regra de argumentação” essencial da ética do discurso, não conduz, por certo, à exclusão de qualquer noção de autonomia da vontade. Em última instância, a teoria moral habermasiana preserva as premissas democráticas por meio do perfil não coercitivo da prática comunicativa, que assegura a todos os membros da comunidade igual oportunidade de participação e de apresentação de suas razões. Ocorre que o acolhimento social de uma pretensão de validade individual depende de que o interessado consiga convencer o grupo de participantes acerca da admissibilidade dos seus propósitos.⁶² Desse modo, a ética do discurso restringe o caminho jurídico para a legalização do aborto, porque, de acordo com suas premissas procedimentais, somente duas únicas vias parecem dotadas de legitimidade para o encaminhamento da questão: ou uma reforma legislativa, cuja validade estaria firmada pelo postulado da representatividade popular dos membros do parlamento, ou um plebiscito, em que a comunidade seria chamada a decidir diretamente quais os direitos da mulher no co-

60 Esclareça-se que Habermas segue a distinção originariamente estabelecida por Kant entre os termos *Moralität* e *Sittlichkeit* (*Apud* ROSENFELD, M., *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures – a Pluralist Account*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2011, p. 27). Voltaremos a falar acerca desses conceitos na análise do sistema da razão prática kantiana. Enfatize-se, contudo, que não importa tanto a modificação operada por Dworkin no significado desses conceitos, como exposto acima, por tratar-se de uma divergência meramente terminológica. Eticidade em Habermas e Kant é imanente à realidade sócio-política, no que pese em Kant ser uma categoria não remetida ao contexto de uma justificação discursiva intersubjetiva, e sim conectada ao exercício da faculdade racional em si mesma. Eticidade em Dworkin concerne à dimensão da independência individual na definição de valores e crenças subjetivas. A rigor, como já afirmado, a esfera da moralidade política, para Dworkin, corresponde à esfera da eticidade de Habermas, porém, com uma pretensão de se restringir o poder interventivo da sociedade nas decisões individuais. Sua tentativa de especificar os temas de moralidade política tem por escopo exatamente a formulação de um critério para delinear tais restrições, portanto, para legitimar um quadrante decisório que não se insira no procedimento deliberativo coletivo.

61 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Moral Consciousness and Communicative Action*. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1990, p. 44, 18-20.

62 *Ibidem*, p. 57, 27, 36-7. Habermas procura estabelecer a especificidade da “argumentação moral” em relação às outras formas de argumentação. Acentue-se que os juízos de validade moral podem ser considerados certos ou errados no sentido normativo, e não no sentido das proposições cognitivas, às quais se atribui verdade ou falsidade.

mando sobre o seu corpo e sobre sua vida reprodutiva. A rigor, estaria excluída a atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade das leis ordinárias enquanto uma via procedimental legítima na defesa dos direitos subjetivos, o que se contrapõe à perspectiva defendida nesse estudo no sentido de que o aborto, assim como o casamento homossexual, não deve ser submetido à consulta popular.

Em seus textos fundamentais de elaboração da teoria da ação comunicativa, Habermas não aborda o tema do aborto; mas não é difícil extrair do seu sistema normativo que a perspectiva da sua legalização deve ser remetida à comunidade discursiva, o que exige, em quaisquer circunstâncias, um acordo democrático. Quer dizer, as “intenções individuais” devem ser “coordenadas” para o estabelecimento de uma decisão conjunta. Avaliar, por exemplo, se a mulher tem condições de assumir, de forma responsável, os encargos da maternidade, sem prejudicar excessivamente sua própria vida, e se isso pode ser aceito no que pesem os interesses da vida nascitura envolvida no processo gestacional, é uma questão que necessariamente deve ser objeto de uma formulação legislativa. Habermas acredita sobremaneira que a exigência de que todos tenham igual oportunidade de defender seus interesses, e expor suas razões de maneira autônoma, “neutraliza” possíveis “desequilíbrios de poder”. Com isso, estaria preservada a “autonomia na formação da vontade”, bem como o objetivo da busca de um “compromisso” em prol da conciliação dos “interesses particulares”.⁶³ Aqui, as mulheres teriam que acatar o juízo coletivo, pressupondo-se seu acerto em decorrência do estatuto democrático-procedimental da ação comunicativa.

Pode-se dizer que o procedimentalismo de Habermas contrapõe-se ao substancialismo de Dworkin, e ao conceito deste de independência ética, porque elimina do procedimento de justificação dos princípios morais o menor nível de “decisionismo”, que seria defensável, inclusive, sob a ótica da doutrina dos direitos fundamentais. Habermas, aliás, entende que a preservação de um “resíduo de decisionismo” reforça a posição do cético, que não exige um consenso acerca dos assuntos morais, situando tais questões no campo do relativismo valorativo. Para Habermas, a recusa da inserção de um dilema moral, por mais sensível que seja, na comunidade argumentativa, não se sustenta, porque simplesmente não há como neutralizar “uma forma de vida sociocultural compartilhada”. Todos os indivíduos nascem e crescem em “uma rede de ação comunicativa”. O cético, prossegue Habermas, pode se contrapor aos princípios morais abstratos, mas não à dimensão da eticidade, na qual ele “é continuamente forçado a tomar uma posição respondendo sim ou não”. A própria formação da “identidade” individual parte do “pertencimento a grupos sociais”. Em última instância, o “princípio do discurso ético” “não provê diretrizes substantivas mas somente um procedimento”, o que não implica na abstração de qualquer conteúdo, cotidianamente apresentado na ação comunicativa. Porém, esse conteúdo, em seu caráter contingencial, subordina-se ao procedimento discursivo, que descarta “os valores particulares” como “não suscetíveis de consenso”. Habermas não está preocupado com “afirmações valorativas” que se relacionem à ética da “boa vida”, e que, por isso mesmo, não tenham sentido normativo. O “bem”, estando voltado para as expectativas individuais, não se mistura com o “justo”. Uma “ética deontológica” está dirigida exclusivamente a questões da razão prática “que podem ser debatidas racionalmente”, isto é, que podem ser objeto de um consenso.⁶⁴ Em suma, moralidade e eticidade em Habermas constituem duas categorias normativas centradas em um procedimento de justificação de pretensões de validade que se subsumem ao princípio discursivo da universalização. A autonomia da vontade individual, moral ou ética, não seria, então, assunto de conteúdo normativo.

Considerando que a legalização do aborto envolve diretamente a abordagem dos limites da autonomia decisória, logo se vê que uma investigação a esse respeito impõe que se parta de premissas distintas, que possibilitem a atribuição de conteúdo normativamente aceitável à perspectiva da descriminalização do aborto. Aqui, não há como não retornar a reflexão para o adensamento da utilização do conceito de “independência ética” de Dworkin na qualidade de um parâmetro fundamental para a tese da inconstitucionalidade da proibição incondicional do aborto voluntário fora das hipóteses de violência sexual ou de anomalia fetal. Em

63 Idem, p. 71-2;

64 Idem, p. 99-104.

outra linguagem, uma teoria ética, do ponto de vista da proteção dos direitos subjetivos e da consequente necessidade de se restringir o poder coativo do Estado nas escolhas individuais afetadas à concepção de uma “boa vida”, exige sim a atribuição de estatuto normativo a juízos morais que não se sustentem sob o paradigma do consenso argumentativo. Do contrário, a regulamentação do aborto estaria limitada à ação política coletiva, fechando-se as portas para as instâncias institucionais com maior potencialidade para a promoção de uma ampliação do respeito às liberdades individuais.

Tendo isso em mente, concluímos que a admissibilidade ético-normativa da decisão de realizar o aborto é passível de acomodação sócio-política com fundamento nas liberdades constitucionais fundamentais. Uma conclusão coerente com o Estado de Direito é a de que durante o primeiro trimestre da gestação os interesses da vida pré-natal não são tuteláveis ao ponto de se sobreporem à independência ética da mulher, ou, utilizando-se uma terminologia jurídica, à liberdade de crença e de convicções filosóficas. A primazia dessas liberdades subjetivas atribui solidez à afirmação de que, a escolha da mulher, nos estágios iniciais da gestação, de ter ou não o filho que está no seu ventre, é uma questão de moralidade pessoal, incumbindo unicamente a ela definir o valor a ser conferido à vida do embrião ou feto. A ausência de previsão constitucional expressa do direito à vida nascitura desde a concepção legitima o entendimento de que a proibição do aborto não pode ser imposta, desde o início da gestação, no âmbito da moralidade política. Em outras palavras, submeter a vontade da mulher ao consenso majoritário, nesses parâmetros, importa no desrespeito a uma liberdade básica.

5. LIBERDADE DE DECISÃO REPRODUTIVA: UM COMPONENTE DO PLURALISMO MORAL E RELIGIOSO

A defesa da descriminalização do aborto se sustenta na noção de pluralismo moral, que acolhe “a diversidade de crenças e valores”. O pluralismo, “como princípio ético”, garante a conformação de todas as crenças “que respeitem os valores fundamentais da democracia”, ou seja, aquelas que se mostrem “razoáveis”. Isso não implica, como já salientado no presente texto, na adoção de uma visão integralmente relativista, e na inviabilização do julgamento racional da validade política das opiniões pessoais.⁶⁵

As restrições morais são impostas às pessoas sob a pressuposição da existência de características comuns a todos nós, como a racionalidade, o livre-arbítrio e a capacidade de agir em conformidade com princípios e projetos de vida. As restrições morais constituem, a rigor, limitações à maneira em que cada indivíduo pode tratar os outros, porque os outros merecem a mesma consideração que cada um dispensa a si próprio.⁶⁶ Por outro lado, a ideia de igual consideração também serve de parâmetro para a afirmação do direito à diferença, com a “máxima” “acomodação dos diversos modos de vida”. A tolerância às divergências interpessoais, em matéria de valoração moral e religiosa, é o paradigma contemporâneo da legitimidade do poder estatal. A democracia recebe novo significado, para que os assuntos cuja definição não exige a “unidade cívica” sejam postos no espaço da primazia do princípio do pluralismo. Quer dizer, nesses assuntos os indivíduos ou grupos não se obrigam a obedecer às posições prevalentes, ainda que estas representem a “voz da comunidade política inteira”, podendo seguir suas convicções sem serem compelidos a apresentar justificativa às autoridades políticas ou instâncias sociais no tocante às razões de suas escolhas.⁶⁷

65 DINIZ, Débora. *Ética, Aborto y Democracia*. despenalizacion.org.ar: por la despenalización del aborto, nº 6/Febrero 2008, p. 1. Disponível em http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Organoformativas/06_Diniz.pdf. Acesso em 03/02/12.

66 NOZICK, op. cit., p. 61-64.

67 GALSTON, William A., *Diversity, Toleration and Deliberation Democracy*, in MACEDO Stephen. *Deliberative Politics*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 43, 45, 40. Prescrevendo, igualmente, a tolerância pública às diferenças, no aspecto das convicções morais, Michel Rosenfeld pondera: “Deve-se, no mínimo, ser permitido ao indivíduo, e, melhor ainda, ser encorajado, a desenvolver e perseguir um plano de vida por si mesmo, e as diferenças entre os planos de vida individuais devem ser, em princípio, respeitadas”. (...) “acomodar a pluralidade requer que se encontre uma forma plausível e legítima de reconciliar e harmonizar unidade e diversidade”. Dizendo de outra forma, deve ser sedimentada “qualquer estrutura normativa que possa oferecer o melhor con-

Como já pontuado, uma visão renovadora da democracia, sob o ângulo da afirmação das liberdades individuais, possui uma relação bastante próxima com a “filosofia política do liberalismo”. Da mesma forma, não há como falar-se em pluralismo moral e religioso, cujo significado vincula-se essencialmente ao acolhimento de múltiplos valores ou visões de mundo, sem recorrer às premissas originais da teoria liberal. Nas palavras de William Gaston, o liberalismo é definido como uma doutrina que justifica a “proteção da diversidade e a promoção da autonomia”. Tal perspectiva deve ser concebida como parâmetro para a elaboração das “políticas constitucionais” “do pluralismo valorativo”, que tenham como escopo restringir a imposição de normas obrigatoriamente vinculantes a um nível compatível com as necessidades do interesse público.⁶⁸ Concordamos com a proposição de um sistema político aberto à participação “dos vários grupos ou camadas sociais” na composição “da vontade coletiva”, ou seja, um modelo de sociedade na qual “o indivíduo tem a máxima possibilidade de participar na formação das deliberações que lhe dizem respeito”.⁶⁹ O pluralismo insere-se no contexto das liberdades fundamentais, sobretudo no que diz respeito à defesa e garantia da multiplicidade psíquica, ideológica, ética e religiosa.

Algumas críticas são feitas ao privilégio conferido pela teoria liberal aos interesses individuais em relação aos interesses de grupos, representantes de camadas específicas, muitas vezes discriminadas, da sociedade. Entretanto, a abordagem do liberalismo adequada ao sistema democrático aponta um padrão suficiente para “separar as diferenças que podem ser acomodadas daquelas que não podem”, balizando “a separação entre a esfera pública e a esfera privada”. Assegura-se, assim, o respeito às liberdades básicas sem ameaçar a proteção constitucional aos interesses de cada uma das camadas sociais, que sejam reivindicados no espaço do debate democrático. Equilibrar a vinculação da teoria liberal ao individualismo, de acordo com a necessidade imposta pelos interesses coletivos, não é o mesmo que repudiar “a capacidade individual para a escolha moral”.⁷⁰

Na esfera da liberdade moral de escolha, destaque-se que o aborto é um assunto tipicamente associado ao direito à diferença, cuja contraposição aos interesses coletivos somente seria arguível a partir de uma leitura que atribua ênfase demasiado estendida à prevalência da moralidade majoritária. A mitigação dessa prevalência, e uma posição a mais neutra possível, por parte do poder institucional, nas definições particulares de bem, no sentido de valor moral ou ético para a condução da própria vida, é estratégia imposta pela dimensão do pluralismo.

Em nenhuma leitura, a legalização do aborto representa uma ameaça a qualquer direito coletivo, seja em termos gerais, seja em termos da demanda de um grupo social determinado. Salvo melhor compreensão, não é plausível confundir perspectivas de inclusão de grupos marginalizados com o interesse de se preservar valores tradicionais. O direito ao aborto é ele próprio postulado por um grupo social específico, o grupo daqueles que são favoráveis ao direito de escolha, mas existe uma peculiaridade, no caso, na estrutura do conflito de posições. Pode-se afirmar, à primeira vista, que o que se está a reivindicar não configura “direitos coletivos pertencentes ao grupo como um todo”, mas como “direitos individuais” pertencentes às pessoas que não compactuam a visão convencional de que interromper a gestação seja um ato absolutamente reprovável, do ponto de vista moral.⁷¹ Efetivamente, existe uma permeabilidade conceitual entre direitos individuais e coletivos, não havendo razão para que se dê importância à definição categorial dos direitos

junto de preceitos morais e legais para propriamente sustentar a pluralidade e a singularidade individual” (ROSENFELD, M, *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures – a Pluralist Account*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2011, p. 24, 25).

68 GASTON, W., *Legal and Political Implications of Moral Pluralism, The*. In Maryland Law Review, volume 57, 1998, p. 241, 243, 246.

69 BOBBIO, N. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília: Editora UNB, 1999, pp. 16 e 22.

70 ROSENFELD, M., op. cit., p. 78-9.

71 Essa distinção entre duas concepções de direitos minoritários é apresentada por Michel Rosenfeld, que explica que há uma controvérsia doutrinária entre a caracterização dos direitos coletivos e dos direitos individuais. Analisados corretamente, todos os direitos tendem a ser, no fundo, direitos individuais. Mas, para Rosenfeld, “pelo menos do ponto de vista legal e político”, deve ser mantida a diferença entre as duas categorias de direito. Inclusive, pensa o autor, a resolução do conflito pode ser facilitada se os direitos individuais forem apresentados como direitos de um grupo, significando uma parcela da comunidade manifestando sua opinião sobre o melhor esquema de relação entre o público e o privado (op. cit., p. 99, 101).

no embate argumentativo concreto, o que teria sentido meramente retórico. De todo modo, seja o direito ao aborto classificável, no contexto político e jurídico, como um direito puramente individual ou como um direito que favorece um grupo social específico, indubitavelmente minoritário, é legítimo dizer que a controvérsia está na afirmação de um modelo de sociedade pluralista que comporte a autonomia da vontade no tocante à decisão reprodutiva. Rejeitar a acomodação do aborto voluntário implica na derrota do pluralismo, pela desconsideração dos valores pertencentes a uma parcela dos membros da associação política.

Se a filosofia racionalista e seus princípios de autodeterminação da vontade se mostram inteiramente adequados à garantia do pluralismo de valores, exatamente o contrário se pode dizer no tocante às doutrinas religiosas. É nesse campo que a sociedade contemporânea enfrenta o maior desafio na seara da evolução dos direitos individuais. A emergência de diferentes concepções religiosas traz para o mundo político a necessidade de se empreender grande esforço no sentido da pacificação e da concretização da “tolerância mútua” no contexto da vida civil.⁷² O crescimento da população aderente às crenças muçulmanas e do número de pessoas que adotam outras religiões cristãs que não o catolicismo é fator que favorece o dimensionamento do pluralismo. Por outro lado, contudo, a participação das forças religiosas nas decisões políticas tende a dificultar a construção de um modelo secularizado que efetive o direito daqueles que não professam nenhum tipo de crença, e reivindicam do poder público a não interferência das visões de mundo místicas na delimitação das liberdades básicas, cujas restrições devem necessariamente estar pautadas por “razões públicas”, utilizando-se a linguagem de Rawls.⁷³

A necessidade de se combater a intolerância religiosa, que tende a monopolizar a verdade, é bem situada também por Michel Rosenfeld, que propõe, uma estrutura de sociedade onde exista uma interação entre o que ele chama de “identidade constitucional” e as múltiplas identidades culturais e religiosas geradas no interior de uma determinada comunidade política. Nesse movimento dialético, a incorporação, no plano jurídico, das concepções religiosas a respeito do bem somente se legitima na medida em que não haja a prevalência de uma única, dentre elas, em detrimento das demais, ou em detrimento das concepções não religiosas.⁷⁴ A fim de garantir “o igual respeito a todas as diferentes identidades culturais” a estratégia política não pode ser outra senão a da interação entre “o universalismo dos direitos fundamentais” e “o multiculturalismo”. Todas as pessoas, professem elas as crenças ou não crenças que queiram, devem “superar” os “preconceitos” e o “presunçoso analfabetismo cultural”.⁷⁵

A “homogeneização” do pensamento religioso coloca em risco a liberdade de consciência, enquanto um conceito que abrange as opções religiosas, agnósticas e ateístas. Assim, mesmo o propósito de um “ecumenismo religioso” não pode ser “fomentado pelo Estado”, na medida em que se afirma “o fato do pluralismo como elemento insuperável da sociedade contemporânea e democrática”.⁷⁶ A Constituição brasileira, no artigo 215, *caput* e parágrafo 1º, proclama o direito ao “pleno exercício dos direitos culturais” e a livre manifestação “das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras” e de “outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Assim, no que pese o predomínio numérico de católicos e protestantes no Brasil, a identidade nacional é ampla o suficiente para justificar a proteção das manifestações culturais e religiosas não cristãs, autorizando ao Estado a prática de condutas positivas e intervencionistas em situações fáticas nas quais se evidencie que a liberdade de expressão de pensamento ou de crença está sendo obstada.

O banimento do preconceito e da discriminação das minorias é uma questão multidisciplinar, tendo que ser enfrentada nas esferas jurídica, social, política e econômica. Nesse particular, basta lembrar, a título ilustrativo, que a Constituição/88 definiu a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível

72 GASTON, W., op. cit., p. 243.

73 A proposta de Rawls de sedimentação do pluralismo na esfera do discurso público, a partir do critério da razoabilidade das razões apresentadas com pretensão de validade será objeto de análise no próximo item.

74 ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject*. London/New York: Routledge, 2010, 2.3.1, p. 37.

75 FERRAJOLI, L. *Sobre los derechos fundamentales*, in op. cit., 2007, p. 87.

76 SORIANO, Aldir G. *O direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*. In MAZZUOLI, Valério de O./SORIANO A. G. (Coordenadores). *Direito à Liberdade Religiosa: Desafios e Perspectivas para o Século 21*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 173-74.

(art. 5º, XLII), e no artigo 231 reconheceu “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Cite-se, ainda, o art. 26-A da Lei 9.394/96, que tornou obrigatório “o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira”⁷⁷ nas escolas públicas e particulares (ensino fundamental e médio). No Brasil ainda existe uma segregação negra velada, assim como de outras etnias (judeu, índio, etc.), o que reproduz um sério quadro de intolerância e perseguição, impedindo a incorporação dos valores culturais e práticas sócio-religiosas desses grupos no espaço público⁷⁸.

Denota-se uma tendência à hegemonia de uma visão uniforme na escala valorativo-existencial, com o não reconhecimento efetivo das concepções particulares do pensamento e da conduta humana, em todas as suas dimensões. As disposições protetivas do “Estado constitucional” esbarram na realidade empírica da intolerância, que não é vencida até mesmo devido às desigualdades sociais e econômicas, impeditivas da organização daqueles grupos historicamente desfavorecidos. Ademais, enfrenta-se atualmente o “desafio do fundamentalismo”, “fenômeno cultural” que, principalmente em sua vertente religiosa, desconstrói as bases do “estado democrático de direito”, haja vista seu potencial de infiltração em “partidos e associações”. Movimentos fundamentalistas podem desenvolver-se em “qualquer religião”, sendo mais comuns “nas três religiões monoteístas: judaísmo, cristianismo e islamismo”.⁷⁹ A interferência desses movimentos no processo parlamentar reflete diretamente, mais do que em qualquer outro tema, no debate acerca do aborto, impedindo, em países como o Brasil, o sucesso de todas as tentativas até aqui empreendidas no sentido de sua ponderada legalização. Há de ser respeitada a autonomia ética e metafísica dos cidadãos, que podem livremente aderir a qualquer crença, inclusive as de caráter fundamentalista, mas não se pode admitir que a adesão a uma confissão religiosa implique em riscos à integridade física e moral das demais pessoas.

Observe-se que a abordagem do pluralismo moral envolve internamente a abordagem do pluralismo religioso, não havendo porque separar, do ponto de vista da argumentação metodológica, a consideração de um e de outro. Em tese, assegurar a validade do princípio do pluralismo moral importa em estabelecer limites à intervenção das doutrinas religiosas no espaço público, instituindo-se a primazia da justificação racional razoável sobre qualquer outro tipo de justificação fundada em princípios metafísicos. Isso importa, assumindo a teoria da integridade de Dworkin, na postulação de que a totalidade das leis seja elaborada de maneira “moralmente coerente”, no que pese a impossibilidade, em sociedades pluralistas, de uma concepção homogênea de moralidade. Segundo Jeremy Waldron, o princípio da “equidade política” impõe um “controle sobre as decisões” “tomadas pelos legisladores”, no tocante ao equacionamento das diversas visões acerca das questões morais. A tensão entre os princípios da autonomia e da igual consideração não é insolúvel, por não serem eles contraditórios entre si.⁸⁰ Em realidade, esses dois princípios se complementam quando se trata de acomodar a multiplicidade de valores na elaboração das leis. A rejeição da visão não religiosa na solidificação de um direito individual, por exemplo, viola ao mesmo tempo a autonomia decisória e o preceito da igual consideração, já que impede os não crentes de exercer sua liberdade de convicção moral. Nessa medida, são violadoras dessas garantias fundamentais as leis que flagrantemente foram construídas a partir de outro parâmetro que não o da laicidade.

O Estado tem o papel de oferecer garantia satisfatória ao pluralismo moral, incluindo-se o religioso, abrindo-se espaço para a penetração na vida social das visões próprias das diversas etnias e concepções filosóficas, metafísicas ou não, seja no plano da elaboração das leis, seja no plano da revisão judicial de sua constitucionalidade. A questão complexa, nesse aspecto, consiste na conciliação entre a “moralidade convencional”, ou “pública”, entendida como o conjunto de valores predominante na comunidade política, e

77 SZKLAROWSKY, L. F., *Religião e racismo: a constituição e o Supremo Tribunal Federal*. In MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 334.

78 A atualidade desse quadro social está minuciosamente explicitada no histórico julgamento do caso Ellwanger por parte do Supremo Tribunal Federal (HC nº 82.424/RS), concernente à discriminação contra o povo judeu.

79 WEINGARTNER, Jaime Neto. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 47, 48 e 52. O autor defende a aceitação do fundamentalismo-crença e a não aceitação do fundamentalismo-militante, sendo que o segundo deve ser bloqueado pelo Estado (p. 247-251).

80 WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*. Oxford/New York: Oxford University Press, reprinted, 2004, p. 190, 194.

a perspectiva do “juízo moralmente neutro”. Nos *hard cases*, sobretudo, nos quais uma decisão justa não necessariamente corresponde à opinião da maioria, a atuação das cortes judiciais denota grandes dificuldades na delimitação do nível de comprometimento que deve ser preservado com os valores comunitários dominantes. Muitas vezes, para favorecer uma receptividade social tranqüila das decisões controversas, as cortes mitigam o alcance dos seus veredictos, em deferência à “opinião popular”. Muitos autores acreditam que isso pode implicar no não cumprimento do papel da revisão judicial na proteção das minorias. Ely, um dos maiores representantes do “argumento anti-consenso”, enfatiza que a opinião popular prevalente já encontra suporte na lei que está sob revisão, não podendo ser parâmetro para as decisões judiciais. Wojciech, apoiando o pensamento de Ely, acrescenta que as cortes se utilizam de mecanismos meramente retóricos para escapar à impopularidade acima mencionada, e não deveriam ceder aos “argumentos ortodoxos”, que tentam lhes impor a submissão à moralidade convencional.⁸¹

Por outro lado, a “moralidade convencional” pode ser concebida como uma “fonte” para a concretização dos “princípios legais”.⁸² O problema é que os valores não são universais, razão pela qual as várias visões morais entram em conflito na seara da delimitação dos direitos individuais. Veja-se o tema do aborto, que, em regra, não encontra suporte nos valores convencionalmente dominantes, na maioria das sociedades. Como conciliar as moralidades que disputam a prevalência de suas opiniões no tocante aos direitos da vida nascitura? Legalizar o aborto com base no entendimento de que o feto não é pessoa, sem adensar adequadamente o argumento jurídico, implica em não levar em conta as crenças das pessoas adeptas à visão *pro-life*.⁸³ De fato, o grupo *pro-life* acredita que o feto, se não é pessoa, ao menos é a ela equiparável em relação ao direito à vida. O caminho da composição do conflito exige, portanto, na forma explicitada por Calabresi, que se tome por fundamento da decisão não somente o direito à privacidade, mas também outros princípios fundamentais, como, por exemplo, a liberdade de consciência.

O princípio da igualdade do sujeito moral, alicerce da teoria da neutralidade do juízo, na esfera da razão prática, parece não ser suficiente para o reconhecimento do direito ao aborto, salvo em uma sociedade historicamente identificada com o liberalismo, como a norte-americana, ou em sociedades nas quais se concretiza amplamente o paradigma do Estado laico, como, por exemplo, a Alemanha e a França. Em geral, dizer que o aborto é simplesmente uma questão privada não indica resposta que satisfaça todos os modelos de democracia implantados no mundo. Tampouco agregar ao credo *pro-choice* a bandeira feminista da igualdade e do direito a não discriminação soluciona a questão no nível de uma justificação razoável. Assim, a direção de Calabresi, no sentido de conduzir o debate para a busca de um balanceamento das posições conflitantes, é salutar para a legalização do aborto, em especial nos países sul-americanos, como o Brasil, que passam por um processo de adaptação às premissas do pluralismo. Em outras questões morais, como o reconhecimento do direito ao casamento de homossexuais, não há meio-termo; ou se lhes concede o direito pretendido, por exigência do princípio da igual proteção, ou se lhes o nega, sob o argumento do respeito à moralidade convencional. No caso do aborto, ao contrário, admite-se o balizamento, considerando a ponderação de uma

81 WOJCIECH, Sadurski, op. cit., p. 38, 11, 27, 29, 12, 43. Sobre a teoria de J. H. Ely, ver *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980., p. 68-9.

82 Essa é a posição assumida, dentre outros, por Wellington H. H., in *The Nature of Judicial Review*. Yale Law Journal 91 (1982) 486, 493-94. *Apud* WOJCIECH S., op. cit., p. 47. WOJCIECH rebate os argumentos de Wellington, afirmando não ser possível optar por uma moralidade convencional nas sociedades pluralistas, pois sequer há critérios para indicar qual moralidade deve ter a primazia. A escolha por uma, dentre elas, significaria converter uma moralidade privada em pública. Além disso, prossegue o autor, não é crível, no regime democrático, a possibilidade de um consenso em matéria de princípios fundamentais (op. cit., p. 47, 51, 54).

83 Nesse sentido, veja-se CALABRESI, G., *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*. Syracuse: Syracuse University Press, 1985, p. 97 (*Apud* WOJCIECH, op. cit., capítulo 4, p. 120, 211, nota 73). A crítica de Calabresi está centrada na análise da decisão da corte norte-americana, no caso *Roe x Wade*, que acolheu exclusivamente o princípio da privacidade para fundamentar sua decisão. Com isso, teria considerado somente as crenças do grupo *pro-choice*, deixando de acomodar os dois importantes valores conflitantes. Wojciech, comente-se, acha que falar em sopesamento de posições conflitantes não passa de uma hipocrisia, pois assegurar as liberdades individuais não depende de um ato de barganha moral ou social, mas da exigência da igualdade do sujeito como agente moral. Nessa ótica, cada pessoa é livre para escolher sua própria moralidade, não importa o peso a ser atribuído a uma ou outra das posições conflitantes (op. cit., p. 121).

tutela aceitável dos interesses do feto a partir de um dado estágio da gestação, em atendimento aos valores do grupo *pro-life*. Defendemos uma abordagem da neutralidade moral e política, não com um viés absolutamente liberal, mas levando-se em conta a necessidade da acomodação das convicções plurais na qualidade de uma premissa democrática fundamental.

Em suma, acreditamos que a conjugação, em uma medida apropriada, entre algumas premissas do individualismo e outras das doutrinas comunitárias, permite avaliar “o relativo peso a ser atribuído a uma exigência individual de autonomia” no contexto da vida política. Considerando a demanda pelo exercício da autonomia como uma demanda não advinda simplesmente de indivíduos isolados, mas de um grupo social, ainda que minoritário, a questão precisa ser enfrentada sob o enfoque do princípio do “respeito mútuo entre o eu e o outro”, e da “integridade de todas as concepções de bem”. Assim situado o debate acerca do aborto, a “ordem de prioridade” apta a “facilitar a resolução do conflito” é a da prevalência daquele direito cuja satisfação se mostrar mais importante para o bem-estar, ou até mesmo “a sobrevivência”, do demandante, ou o indivíduo ou a coletividade.⁸⁴

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Legitimar a liberdade de escolha reprodutiva com fundamento no pluralismo moral implica na reformulação das premissas democráticas, especialmente daquelas que estruturam o sistema político representativo. Nessa dimensão, deve-se, primordialmente, delimitar qual o espaço da intervenção coletiva e qual o espaço da autonomia da consciência individual nos assuntos que tocam diretamente à condução responsável da vida privada.

A instauração do modelo constitucionalista de controle judicial das leis busca destituir o estatuto absoluto da moralidade política e do consenso coletivo enquanto instâncias definidoras da justiça. O critério da decisão majoritária deve ser reformulado, no que concerne aos assuntos de natureza ética que se refram à concepção de valores não vinculados aos interesses públicos. Trata-se de uma reflexão necessária para que o processo deliberativo se adeque à ênfase conferida pelos princípios constitucionais às liberdades individuais relacionadas à escolha de convicções morais e religiosas. A precedência da liberdade, e com ela a da igualdade, no sentido de igual cidadania, em matéria de afirmação dos direitos subjetivos, introduz no mundo jurídico o paradigma do respeito pelas capacidades morais de autodeterminação individual, as quais, se compreendidas adequadamente, se sobrepõem, de acordo com as circunstâncias fáticas, às perspectivas de legitimação do discurso intersubjetivo.

Não há justificativa que legitime o controle do Estado sobre a liberdade sexual e reprodutiva da mulher, ao ponto de lhe impor a assunção da maternidade, desconsiderando-se sua autonomia decisória. A releitura da teoria do consentimento político, de acordo com os fundamentos contemporâneos das concepções plurais de bem e de justiça, introduz uma tensão entre a obrigação política e as liberdades básicas. Dentro de uma visão transformadora da democracia, o direito ao aborto voluntário, no primeiro trimestre da gestação, não exige uma definição comunitária. Ao contrário, as diferenças nas posições adotadas pelas pessoas no tocante à moralidade ou amoralidade da conduta são passíveis de acomodação política e jurídica, sendo isso o que se espera de um sistema de neutralidade razoável do poder institucional.

Em síntese, o reconhecimento do direito de escolha da mulher em relação ao prosseguimento da gestação é passível de ser racionalmente articulado a partir de dois argumentos essenciais: a autonomia decisória em questões de natureza ética e a irreversibilidade contemporânea do pluralismo moral. Sendo assim, a receptividade à legalização do aborto é imperativa sob o pressuposto da admissibilidade da adoção de convicções morais individuais diversas, de acordo com a experiência concreta de vida de cada um. Em uma situação

84 ROSENFELD, M., 2011, op. cit., p. 110-3.

de gravidez indesejada, não se pode deixar de conferir à mulher o direito de definir seu próprio destino, até determinado período da gestação, sem restrições que comprometam sua identidade como sujeito moral.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. *Two Concepts of Liberty*, in *Liberty*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2009, p. 166-217.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6ª edição. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. *As Ideologias e o Poder em Crise*. Brasília: Editora UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALABRESI, G., *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*. Syracuse: Syracuse University Press, 1985.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COHEN Joshua. *Moral Pluralism and political consensus*, in *Philosophy of Rawls: Reasonable Pluralism*. New York/London: Garland Publishing, Inc., 1999, p. 56-77.

DINIZ, Débora. *Ética, Aborto y Democracia*. [despenalizacion.org.ar](http://www.despenalizacion.org.ar): por la despenalización del aborto. n° 6/ Febrero 2008. Disponível em http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Organofomativas/06_Diniz.pdf. Acesso em 03/02/12.

DINIZ, Débora e DAMASCENO, Ana Paula. *Série Anis: mulheres, mídia e aborto*. Série Anis 20, Brasília, Letras Livres, 1-8, maio, 2001, Versão PDF, p. 2-4. Disponível em [http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa20\(dinizdamasceno\)midiaaborto.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa20(dinizdamasceno)midiaaborto.pdf). Acesso em 10/05/13.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

_____. *Principles for a New Political Debate - Is Democracy Possible Here?* Princeton/ Oxford: Princeton University Press, 2006A

_____. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006B.

_____. *Objectivity and Truth: You'd Better Believe it*. In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2 (Spring, 1996), pp. 87-139. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/296192>>. Acesso em 10/08/12.

_____. *Life's Dominion*. New York: Vintage Books, 1994.

_____. *Conferência proferida na cidade de Tóquio/Japão*. 1990. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, janeiro/junho, 1997. Tradução/Revisão: Raíssa R. Mendes e Menelick de Carvalho Netto. Disponível em <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/periodicas/cadernos/arquivos/pdfs/05/dfi.pdf>. Acesso em 08/-08/12.

ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 71-89.

_____. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. In: *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. 3ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2007, pp. 287-381.

_____. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Pietro Costa e Danilo Zolo (org.). São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- GALSTON, William A. *Diversity, Toleration and Deliberative Democracy*. In: MACEDO Stephen. *Deliberative Politics*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999, p.
- GASTON W. *Legal and Political Implications of Moral Pluralism, The*. In *Maryland Law Review*, volume 57: 236-250. 1998.
- GUASTINI, Riccardo. GUASTINI, R. *El concepto de Constitución*. In *Teoría del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 15-27.
- HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Verdade e Justificação – ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 1999.
- _____. *Moral Consciousness and Communicative Action*. Cambridge/Massachusetts: The MIT Press, 1990
- HAMILTON, Alexander, JAY John and MADISON James. *The Federalist*. The Gideon Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KANT, Immanuel. *Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*. In *A paz perpétua e outros opúsculos*, Lisboa: Edições 70, 1988A.
- KANT, I. *A Paz Perpétua*. In: *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988B, p. 119-172.
- _____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.
- KELSEN, H. *A Ilusão da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- _____. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LEONI, Bruno. *Liberdade e a lei: os limites entre a representação e o poder*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil. 2010.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MATOS, Murílio Castro de. *A Criminalização do Aborto em Questão*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
- MENDES Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MILL, Stuart. *On Liberty*. Mineola/New York: Dover Publications, INC, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social*. In *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 91-113.
- MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito: Introdução à Teoria e Metodologia Estruturantes*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Jurisdição Constitucional. Poder Constituinte Permanente?* In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. José Adércio L. Sampaio e Álvaro R. de S. Cruz (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 67-91.
- PIEROTH, B./SCHLINK, B. *Direitos Fundamentais – Direito Estadual II*. Lisboa: Coleção Manuais, 2008.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Columbia University Press. 2005.
- ROESLER, Cláudia Rosane. *Os Diversos Enfoques da Teoria Contemporânea do Direito e a Passagem para uma Teoria*

Constitucional do Direito. In: *Direito & Argumentação no Pensamento de Manuel Atienza*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

ROSENFELD, Michel. *Law, Justice, Democracy, and the Clash of Cultures – a Pluralist Account*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2011.

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject*. London/New York: Routledge, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Coleção os Pensadores, volume I. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIMMONS, A. John, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1981.

SORIANO, Aldir G. *O direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal*. In MAZZUOLI, Valério de O./SORIANO A. G. (Coordenadores). *Direito à Liberdade Religiosa: Desafios e Perspectivas para o Século 21*. Fórum. Belo Horizonte. 2009, pp. 173-

SZKLAROWSKY, L. F., *Religião e racismo: a constituição e o Supremo Tribunal Federal*, in MAZZUOLI, Valério de O./SORIANO A. G. (Coordenadores). *Direito à Liberdade Religiosa: Desafios e Perspectivas para o Século 21*. Fórum. Belo Horizonte. 2009, p. 334-

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America*. United States: Pacific Publishing Studio, 2010. ISBN: 1453730508.

TERSMAN, Folke. *Moral Disagreement*. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2006.

TORRES, Sílvia Faber. *A Flexibilização do Princípio da Legalidade no Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, New York: Oxford University Press, reprinted, 2004. .

WEINGARTNER, Jaime Neto. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

WOJCIECH, Sadurski. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht/Boston/ London: Kluwer Academic Publishers. 1990.

ZOLO, Danilo. *Teoria e Crítica do Estado de Direito*. In: Pietro Costa e Danilo Zolo (org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Libertad, Propriedad e Igualdad en la Teoria de los Derechos Fundamentales*. In: Luigi Ferrajoli (autor). *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. 3ª edição. Madri: Editorial Trotta, 2007, pp. 75-104.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.