

## 6 CONCLUSÃO

### INTERPRETAÇÃO DO ESTUDO DE CASO A LUZ DO APORTE TEÓRICO

A etapa conclusiva deste trabalho tem como finalidade relacionar o instrumental teórico elencado nos capítulos sobre a bioética, o aborto e a interpretação constitucional e o estudo de caso da antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia fetal proposto no capítulo anterior.

No tocante aos argumentos bioéticos a teoria analítica dos casos concretos parece a mais adequada, pois tem como parâmetro a utilização de uma situação prática a fim de indicar soluções normativas para os problemas, como é o caso do estudo sobre a legalidade do procedimento de antecipação do parto em casos de anencefalia fetal. A metodologia adotada propõe a ponderação entre a solução dada ao caso concreto de acordo com quatro princípios: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. A teoria bioética dos princípios encontra uma limitação de ordem metodológica, qual seja, a falta de hierarquização entre as quatro diretrizes orientadoras. Tal ausência ocasiona uma insuficiência da teoria em hipóteses onde há conflito entre os princípios elencados. Permite uma subjetividade extrema quanto à valoração dos princípios não fornecendo uma resposta legitimada racionalmente<sup>151</sup>.

Por tal razão, essenciais as contribuições jurídicas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Os referidos juristas lidam com a questão de princípios e a possível ocorrência de incoerências no sistema jurídico. Cada um deles propõe uma teoria visando uma mínima racionalidade na escolha do intérprete de certo princípio em detrimento de outro. Ronald Dworkin rege que o sistema jurídico é composto de regras e princípios, formando uma integridade coerente e limitadora da discricionariedade do juiz. Robert Alexy estabelece que os princípios são mandados de otimização que devem ser aplicados gradativamente ao caso concreto na busca pela realização dos valores sociais na maior medida possível,

---

<sup>151</sup> Uma crítica formulada por Fermin Schramm e Miguel Kottow é a adoção da corrente principialista pensada por Beauchamps e Childress como instrumental para os conflitos clínicos de forma inespecífica e sem as devidas adaptações para outros conflitos bioéticos que necessitam de uma abordagem específica. In SCHARAMM, F., KOTTOW, M., *Princípios bioéticos em salud pública limitaciones y propuestas.*, 2001. p. 949-956.

fática e juridicamente. E, através da racionalidade da argumentação jurídica, verifica se os valores utilizados como fundamentação são suscetíveis de controle racional.

Ronald Dworkin tece alguns comentários especificamente sobre a temática do aborto. Acredita que o ponto problemático da questão gira em torno da polarização das visões envolvidas. Os favoráveis à legalização do aborto acreditam que o feto não deve ser entendido como mais que um aglomerado de células, um código genético. Contudo os partidários da proibição do aborto consideram o feto como um sujeito moral. Diante de tal incongruência muitos consideram impensável o debate racional entre eles.

Nos dizeres de Ronald Dworkin:

“Trata-se de uma questão de convicções inatas, e o máximo que podemos pedir a cada lado não é que compreenda o outro, ou mesmo que o respeite, mas apenas uma pálida civilidade (...). Se a divergência for realmente tão forte, não poderá haver nenhuma transigência baseada em princípios; na melhor das hipóteses, haverá apenas um frágil e melindroso empate, definido pelo puro poder político.”<sup>152</sup>

Qualquer discussão a respeito da temática sobre o aborto envolverá pensamentos quase sempre inconciliáveis. Porém, como ressalta o supra mencionado jurista a falta de consenso não ocorre somente pela disparidade entre as opiniões e sim, muito mais inclusive, por um erro de conceituação entre o que é moral e o que é legal. Embora a grande parte das pessoas acredite que é intrinsecamente errado pôr fim a uma vida humana há também um forte entendimento de que a decisão de interromper a gravidez em sua fase inicial é de foro íntimo da gestante. Explica Ronald Dworkin:

“Essa combinação de pontos de vistas não é apenas coerente; na verdade, mostra-se igualmente de conformidade com uma grande tradição de liberdade de consciência das modernas democracias pluralistas. É bastante comum pensar que não compete ao governo ditar aquilo que seus cidadãos devem pensar sobre valores éticos e espirituais, em especial sobre valores religiosos.”<sup>153</sup>

E este é o entendimento defendido neste estudo. A sociedade brasileira está diante de uma oportunidade de debater sobre as razões levantadas pelos grupos contrários e favoráveis ao aborto. E somente através de um

---

<sup>152</sup> DWORKIN, R., *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, 2003. p. 12.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 18.

procedimento democrático será possível obter um consenso, não sobre a moralidade do aborto, mas sim sobre o tratamento jurídico adequado a cada caso específico, propondo normas legais que sirvam de parâmetro e princípios norteadores aos julgadores em hipóteses ainda não vivenciadas.

Ronald Dworkin, após discorrer sobre os argumentos e objeções quanto ao aborto conclui sua obra voltando a atenção dos leitores para o princípio da dignidade humana. O princípio da dignidade humana traz em si a noção de valor intrínseco da vida.

Giorgio Agamben, porém, inova no tratamento deste termo quando em sua obra *Homo Sacer* levanta a origem deste vocábulo. Segundo o autor a sacralidade da vida envolvia dois termos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. O *Homo Sacer* seria uma pessoa posta fora do âmbito da jurisdição humana, mas sem ultrapassar para a vida humana. Giorgio Agamben então salienta que:

“A sacralidade da vida, que se desejaria hoje fazer valer contra o poder soberano como um direito humano em todos os sentidos fundamental, exprime, ao contrário, em sua origem, justamente a sujeição da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono.”<sup>154</sup>

A palavra dignidade tem etimologicamente inserida a noção de merecimento de estima e honra e sempre ligada ao ser humano. Digno confere então uma importância essencial do Homem. Segundo Hannah Arendt a dignidade humana refere-se a sua singularidade na alteridade<sup>155</sup>. O Homem é singular justamente por sua identificação com todos e ao mesmo tempo sua particularidade. A pluralidade humana é oriunda da pluralidade de seres singulares.

A teoria kantiana estabelece a dignidade como um valor. Para ela dois valores podem ser destacados: o preço e o valor. O primeiro refere-se às coisas e o segundo às pessoas.

A professora Maria Celina Bodin de Moraes procura estabelecer um substrato material para o entendimento do princípio, procurando enfatizar sua importância para o ordenamento jurídico<sup>156</sup>. A autora enumera quatro postulados retirados da obra *Convite à filosofia* de Marilena Chauí: 1) o sujeito moral reconhece a existência do outro como sujeito igual a ele; 2) mercedores do

<sup>154</sup> AGAMBEN, G., *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*, 2002. p. 91.

<sup>155</sup> ARENDT, H., *A condição humana*, 2000. p. 189.

<sup>156</sup> MORAES, M., *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003. p. 85.

mesmo respeito à integridade psicofísica; 3) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; e 4) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. Maria Celina de Moraes relaciona esses postulados com os princípios jurídicos da igualdade, a integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.

Ana Paula de Barcellos, também objetivando fornecer uma efetividade ao princípio da dignidade humana, relaciona-o com a noção de mínimo existencial, entendida como um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais pessoa se encontraria em situação de indignidade.<sup>157</sup>

Esta também é a intenção dos autores da obra coletiva organizada por Ingo Sarlet. O próprio título do livro já faz referência à dificuldade do termo, a escolha da nomenclatura dimensões da dignidade humana visa demonstrar a complexidade da própria pessoa humana. Ingo Sarlet menciona a problemática de considerar o termo dignidade humana como universal, e mesmo que fosse possível não haveria como evitar entendimentos diversos sobre quais atos seriam ofensivos à dignidade humana<sup>158</sup>. Béatrice Maurer considera duas dimensões da dignidade: uma substancial, ligada à noção de igualdade entre as pessoas e a dignidade denominada de “atuada”, que seria a manifestação, a realização de atos garantidores da dignidade<sup>159</sup>. As noções de vida e dignidade humana estão intimamente relacionadas, não havendo uma conceituação técnica capaz de separar objetivamente os âmbitos de atuação de cada princípio. Para Michael Kloefer estes termos devem ser entendidos como uma unidade, de forma conjugada, porém isso não significa que representem o mesmo direito fundamental. Os dois bens jurídicos podem, inclusive, entrar em conflito entre si e “é preciso que resulte aqui, uma solução ponderada pautada pelo critério do menor sacrifício possível de direitos fundamentais”<sup>160</sup>. A falta de uma clara definição do termo dificulta e por vezes impossibilita sua efetivação. E por fim, o entendimento de Peter Häberle, para quem a dignidade humana deve ser fundamento da comunidade estatal, cabendo ao Poder Constituinte e ao cidadão “acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso,

---

<sup>157</sup> BARCELLOS, A., *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002. p. 305.

<sup>158</sup> SARLET, I. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível*. In *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2005.

<sup>159</sup> MAURER, B. *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central*. In *Dimensões da dignidade. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, 2005.

*também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução.”<sup>161</sup>*

A dignidade humana permeia toda a discussão sobre o aborto. Não só porque a realização inseqüente do ato atenta contra a dignidade de uma vida humana, mesmo que em potencial, como também porque a imposição de valores à gestante afronta a dignidade dessa, à medida que, restringe sua liberdade individual. O princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado como premissa para a proibição do aborto e também como fundamentação para a permissão da interrupção da gestação no caso proposto haja vista que a obrigação legal de concluir a gravidez é tida como uma violência injustificada à integridade psicofísica da mulher.

Neste ponto, destaca-se uma das regras fundamentais de Robert Alexy, já citada anteriormente, segundo a qual um mesmo termo não pode ser utilizado de forma distinta pelos falantes em um mesmo processo argumentativo. Assim sendo, o princípio da dignidade da vida humana não será utilizado como base argumentativa para nenhum dos entendimentos.

Desta feita, passa-se à análise dos argumentos defendidos no estudo de caso. Os argumentos mais relevantes são: a sacralidade da vida e o direito à integridade psicofísica que estaria sendo afrontado na obrigatoriedade legal da mulher concluir seu período gestacional na hipótese de anencefalia de seu feto.

Segundo Ronald Dworkin existem duas objeções ao aborto. A primeira denominada de derivativa considera que o feto desde sua concepção já possui interesses próprios, dentre eles o de permanecer vivo, tendo o Estado que garantir a proteção de seus interesses básicos. A segunda objeção é denominada de independente e reconhece à vida humana um valor intrínseco e inato, em seus dizeres *“o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios.”<sup>162</sup>*

Qualquer concepção que se tenha sobre ordenamento jurídico, especialmente a concepção ocidental contemporânea, terá como objeto primordial de proteção o ser humano. As normas legais, embora variáveis em

---

<sup>160</sup> KLOEPFER, M., *Vida e dignidade da pessoa humana*. In Dimensões da dignidade. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional, 2005. p. 157.

<sup>161</sup> HÄBERLE, P., *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In Dimensões da dignidade. Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional, 2005, p. 150.

<sup>162</sup> DWORKIN, R., *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, 2003. p. 13.

seu conteúdo e forma, trazem em seus textos o princípio do respeito à vida humana. Tal fato tem desdobramentos diversos conforme os valores e tradições de cada população. O principal destes é a proibição de retirar a vida de um ser humano em seus diferentes graus: homicídio, infanticídio, pena de morte, e, finalmente, aborto.

Desta proibição preliminar à organização social humana decorre o conceito de sacralidade da vida. Este termo é por muitos criticado por sua evidente origem em valores religiosos, porém destaca-se que há muito tempo este vocábulo tem sido desassociado dos referidos padrões meramente espirituais para obter um embasamento moral laico. E será este fundamento do princípio da sacralidade da vida que tratar-se-á neste estudo, relegando os aspectos meramente religiosos quanto à origem e soberania divina sobre a vida humana.

No ordenamento jurídico brasileiro podem ser destacadas duas previsões legais fundamentais sobre o tema. O artigo 124 do Código Penal Brasileiro de 1940 proíbe expressamente a prática do aborto, destacando o referido diploma legal em seu artigo 128 os casos de exceção, nos quais, a prática do abortamento é permitida por lei.

Como visto no capítulo sobre interpretação, segundo as técnicas tradicionais de hermenêutica, prima-se pela interpretação literal do texto vigente. De acordo com este entendimento os dispositivos legais expostos são claros quanto à ilegalidade de qualquer interrupção voluntária da gravidez fora dos parâmetros legais permissivos. Assim, a norma não merece qualquer interpretação extensiva a outros casos, sendo clara que a antecipação do parto em casos de anencefalia é crime, sendo qualquer outra interpretação *contra legem*, não podendo ser aplicada.

A valorização máxima da vida humana enquadra-se de forma completa no princípio bioético da não-maleficiência. Isto significa que a alegação de um suposto direito da gestante não pode ser aceito, pois afrontaria diretamente o princípio supra mencionado. A conduta da mulher acarretaria o dano irreversível da morte de outro ser humano. Portanto, o argumento da sacralidade da vida encontra um respaldo considerável na teoria bioética principialista.

Ademais, vimos na parte teórica que uma das grandes preocupações dos estudiosos da bioética é a repetição das barbáries da eugenia nazista. Temem eles que a permissão do aborto em casos de anomalias incompatíveis com a vida acarrete a tolerância social e jurídica ao aborto em casos de deficiência física ou mental. A teoria denominada no Brasil de ladeira escorregadia visa

justamente chamar a atenção para tal possibilidade, evitando a classificação de indivíduos como subumanos, indignos de proteção estatal.

Este argumento nos leva à principal objeção à interrupção da gestação devido à anencefalia, qual seja não há como valorar diferentemente a vida humana, estabelecendo graus diversos de qualificação de um indivíduo. Esta argumentação encontra objeção no próprio ordenamento jurídico brasileiro quando o legislador estabelece punições diferenciadas às diversas afrontas ao direito à vida: homicídio, infanticídio e aborto. Porém, como a ciência ainda não foi capaz de determinar com precisão o momento de início da vida humana, então, utilizando o princípio da precaução<sup>163</sup>, qualquer organismo humano em desenvolvimento deve ser protegido juridicamente. Não se pode determinar a vida humana pela sua duração ou por suas capacidades. Não é menos humano um feto por viver apenas alguns minutos ou horas e, enquanto perdurar suas atividades fisiológicas, tem este direito à vida.

Na via contrária, há uma forte tendência bioética em valorizar outro aspecto da vida humana – a qualidade. Atualmente a noção de sacralidade da vida não é bastante, a manutenção de uma vida humana não é suficiente, devendo os organismos estatais primar por elementos essenciais como a autonomia, a saúde e o bem-estar do indivíduo. Dentro desta perspectiva serão analisadas as razões que priorizam o direito à integridade psicofísica<sup>164</sup> da mulher.

Os vários argumentos que embasam este direito adotam as teorias interpretativas mais modernas. Segundo as quais o texto constitucional deve ser interpretado de forma mais ampla, por envolver valores e princípios abstratos, conferindo-lhe a melhor adequação ao momento presente através de referenciais ligados à noção de ponderação e argumentação.

O direito de escolha da gestante encontra suporte no princípio da autonomia. Segundo este, a pessoa deve ser autônoma para determinar

---

<sup>163</sup> O princípio da precaução é utilizado de forma corrente pelos doutrinadores do Direito Ambiental e consiste em adotar uma postura defensiva em relação à procedimentos ou aos cuja conseqüência é ignorada.

<sup>164</sup> Maria Celina Bodin de Moraes tece alguns comentários sobre a evolução deste princípio, ressaltando que inicialmente a integridade psicofísica era relacionada apenas à noções de tortura e tratamentos penais. Contudo, abrange diversos direitos da personalidade, como por exemplo: vida, nome, honra, identidade pessoal, corpo, entre outros. Hoje institui um amplo direito à saúde, ou como diz a autora, um completo bem-estar psicofísico e social, e contém ainda o direito à existência digna. MORAES, M. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003. p. 94.

aspectos relevantes de sua vida, entre eles o direito reprodutivo. Esse argumento é defendido de forma genérica para o aborto, mas no caso de anencefalia seria reforçado, pois com a inviabilidade da vida fetal não há outro sujeito a ser prejudicado. Além disso, o sofrimento gerado pela gravidez de um feto anencéfalo sem viabilidade de vida extra-uterina e as possíveis complicações de uma gestação também podem ser englobados no princípio da beneficência, já que a interrupção da gestação causaria um bem à saúde física e, principalmente, à saúde psicológica da gestante.

Este princípio permite uma interpretação extensiva do artigo 128 do Código Penal Brasileiro que permite a prática abortiva em casos de perigo à vida da gestante. Alguns estudos têm sido propostos sobre o aumento do risco materno nesses casos de gravidez, porém não há ainda um consenso médico a respeito do tema para afirmar categoricamente que, pelo menos na parte física, há um risco justificador da interrupção da gravidez.

Já no tocante aos danos psicológicos, há um forte entendimento de que a obrigação legal a que é submetida a mulher ao levar a cabo a gestação de um feto inviável é comparável à tortura. Os desconfortos e limitações impostos por qualquer gestação seriam agravados pelo fato da consciência da gestora de que seu feto não terá um desenvolvimento normal.

Nos dizeres da antropóloga Débora Diniz:

“O fato é que o diagnóstico de má-formação fetal, em especial daquelas incompatíveis com a vida extra-uterina, não compõe o rol de expectativas das mulheres grávidas. O diagnóstico da má-formação fetal é, sem sombra de dúvida, uma das experiências mais angustiantes que uma mulher grávida pode experimentar. E parte importante desta angústia decorre exatamente da precisão diagnóstica possibilitada pelas técnicas: há uma limitação técnica da medicina fetal, pois, não há possibilidades terapêuticas para a grande maioria dos diagnósticos de má-formação fetal e, acrescido a isto, há uma limitação legal que restringe as decisões reprodutivas da mulher grávida, dificultando ou mesmo proibindo o aborto seletivo.”<sup>165</sup>

Os dados obtidos na parte empírica deste estudo embasam alguns argumentos favoráveis à permissão do aborto.

Primeiro, a certeza científica de inviabilidade fetal e a confirmação total dos diagnósticos realizados, não havendo um só caso onde a doença fora descartada no exame pós-morte.

---

<sup>165</sup> DINIZ, D. *Quem autoriza o aborto? médicos, promotores e juízes em cena*, 2003, p. 2.

A ocorrência de diversos julgados permitindo a prática, o que evidencia uma tendência jurisprudencial que acarreta uma insegurança jurídica se modificada sem que haja uma fundamentação para tanto. É certo que somente o Supremo Tribunal Federal pode emitir uma decisão jurídica obrigatória aos demais ramos judiciários, porém, a reiteração de decisões em um determinado sentido faz supor ao cidadão que aquele é o entendimento jurídico a respeito do assunto. Ademais, a ínfima minoria que tem a solicitação negada não recebe um tratamento jurídico igualitário, vez que, não lhe é dado o direito de escolha concedido às demais solicitações, sendo que se encontra na mesma situação que estas.

Os julgados estudados fundamentam outro ponto jurídico favorável à permissão da interrupção que é a atipicidade da conduta. Tal formulação jurídica, como visto em capítulo anterior, utiliza a legislação vigente sobre o transplante de órgãos que estabelece a morte cerebral como determinante da morte natural de uma pessoa. O feto anencéfalo caracteriza-se pela ausência de cérebro, e silogisticamente, já deveria ser considerado morto para o ordenamento jurídico. Então, quando a mãe antecipa o parto não acarreta diretamente a morte do feto, a qual tem uma causa biológica natural, sendo atípica a conduta da gestante ou do médico para o Direito.

Neste sentido, destaca-se o argumento principal que especifica o caso da anencefalia – a inviabilidade de vida extra-uterina do feto. Neste contexto, não há conflito de princípios por ausência de possibilidade de vida fetal. Assim sendo, não há afronta voluntária à vida humana e sim uma inviabilidade natural.

Este entendimento se coaduna com a premissa de Robert Alexy de que quanto maior a interferência em um princípio mais importante tem que ser a realização de outro princípio. O direito fundamental da integridade psicofísica da gestante não deve ser afastado haja vista que não será conservado o direito à vida do feto. Assim sendo, não há uma justificação racional para restringir o direito da mulher.

Conclusivamente, destacam-se as considerações de Hannah Arendt:

“As perguntas específicas devem receber respostas específicas; e se a série de crises que temos vivido desde o início do século pode ensinar alguma coisa é, penso, o simples fato de que não há padrões gerais a determinar infalivelmente os nossos julgamentos, nem regras gerais a que subordinar os casos específicos com algum grau de certeza.”<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> ARENDT, H., Responsabilidade e julgamento, 2004. p. 7.

A antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia deve ser analisada de acordo com as peculiares características da hipótese. A atividade legislativa brasileira não acompanhou as inovações técnicas da ciência médica, não há uma previsão legal específica sobre o caso, o que permite tamanha celeuma sobre a correta interpretação constitucional a respeito do tema. A interpretação constitucional dos valores envolvidos não deve ser remetida à legalidade ou não da prática abortiva, tema este muito mais amplo e complexo. O que se pretende no estudo de caso é demonstrar que as descobertas científicas das últimas décadas possibilitaram o conhecimento de um fator determinante na gestação, a inviabilidade de vida extra-uterina.

O Supremo Tribunal Federal depara-se com uma situação jurídica *sui generis* e, portanto, deve utilizar as técnicas interpretativas de forma a proferir uma decisão com base em argumentos jurídicos racionais condizentes com os valores expressos na Carta Magna de 1988. As normas constitucionais antes de 1988 tinham como problemática garantir a continuidade de sua vigência, diante de tantos golpes a permanência de uma Constituição era hipóteses rara. Após a promulgação da Constituição de 1988, e a estabilidade da democracia brasileira, a preocupação passa a ser com a efetivação do texto constitucional<sup>167</sup> e o Supremo Tribunal Federal adquire um papel relevante neste sentido.

O debate deliberativo que se levantou a respeito do tema, por si só, já representa um avanço para a democracia brasileira. A menção de que o relator pretende convocar uma Audiência Pública para ouvir representantes de diversos setores sociais alude a uma preocupação do Tribunal em observar parâmetros democráticos em sua solução. A deliberação que precede o processo decisório é indispensável à democracia.<sup>168</sup>

A função outorgada pelos constituintes à Corte Suprema deve ser conservada no sentido deste determinar qual a interpretação constitucional mais adequada à lide em voga. A decisão a ser prolatada deve atentar para um

---

<sup>167</sup> De acordo com este entendimento: “A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes. (...) E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. BARROSO, L., BARCELLOS, A. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In BARROSO, L. *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 329.

<sup>168</sup> Neste sentido, SOUZA NETO, C. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*, 2006, p. 295.

procedimento decisório racional e laico, através da argumentação e ponderação dos valores constitucionais da integridade e da vida humana a fim de obter uma legitimação democrática perante a sociedade plúrima. Segundo palavras do Ministro Marco Aurélio, quer num sentido quer em outro, o Supremo Tribunal Federal tem que emitir um posicionamento sobre a permissão legal de antecipação de parto em caso de anencefalia fetal, pois a inércia institucional é impiedosa à democracia<sup>169</sup>. Este trabalho não pretende determinar qual a única resposta jurídica correta. Porém, “devemos insistir em que apresentem os melhores argumentos possíveis, e, em seguida, perguntar a nós mesmos se seus argumentos são suficientemente bons”.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Como dito anteriormente não é tratada, neste trabalho, a questão de separação dos Poderes quanto à edição e aplicação de normas. Entretanto, vale citar Cláudio Pereira de Souza Neto: “Assim, um dos argumentos centrais para a restrição do ativismo judicial nessa área é justamente o da legitimação democrática. (...) O estabelecimento de finalidades se situa no campo do dissenso político e deve ser resolvido através do princípio majoritário. Como sublinhamos, as teorias democrático-deliberativas levam a uma restrição da atividade judicial ao campo da neutralidade política, que caracteriza o consenso procedimental, deixando em aberto à deliberação majoritária o dissenso contencioso. O que não pode ocorrer é o estado violar os direitos fundamentais ou deixar de implementá-los – hipótese em que estará agindo ilegitimamente, ficando justificada a ação judicial.” SOUZA NETO, C. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In BARROSO, L. *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

<sup>170</sup> DWORKIN, R., *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, 2003, p. 203