



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Doutorado em Direito

**A TEORIA DISCURSIVA ALEXYANA COMO CONDUTORA DEMOCRÁTICA NA
ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: A PROIBIÇÃO
DA INSUFICIÊNCIA ESTATAL NA PROTEÇÃO DAS MULHERES EM ABORTOS
ILEGAIS**

Doutoranda: Tânia Maria dos Santos
Professor Orientador: Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior

Porto Alegre/RS, dezembro de 2015.

Ao Luiz e à Catarina.

Aos meus pais, Douglas e Terezinha.

Aos meus amigos.

À CAPES, pelo apoio financeiro no final da jornada .

RESUMO

Este trabalho buscar, nas teorias argumentativas e de direitos fundamentais de Robert Alexy, uma análise sobre direitos das mulheres em situações que envolvem abortos clandestinos ou ilegais. A hipótese principal é que direitos podem ser efetivados com as correções advindas da aplicação do dever de proibição da insuficiência do estado na proteção digna às mulheres nos abortos ilegais. Ressalta que essas correções devem ser guiadas por regras de discussão racional e exigem o princípio da universalização, isto é, normas que manifestem o interesse comum, o reconhecimento intersubjetivo de todos os envolvidos para assentimento universal normativo sem representar somente uma intuição moral de uma cultura ou época. Enfoca também que no estado democrático constitucional deve haver um legislativo parlamentar controlado somente por si e por argumento público, que não significa ser conduzido por justificáveis ideológicas e pouco racionais que dificultam a legitimidade a pretensão de verdade. Apresenta reflexões descritivas, com o arcabouço da teoria dos direitos fundamentais, que sob a lente do liberalismo analítico, permitem conexões refinadas que buscam proteção contra a democracia de identidades. A exigência de coerência teórica com os elementos ideais dos direitos fundamentais e a relação prática com a forma de vida de mulheres em situação de abortamento ilegal e inseguro apontam também para situações desumanas e injustas para com as mulheres mostrando espaços para atualizações no legislativo e no judiciário na descriminalização de escolhas.

Palavras-chave: Teoria do discurso. Direitos Fundamentais. Discriminação do Aborto. Pretensão de Correção. Princípio da proteção suficiente. Abortos ilegais.

ABSTRACT

This paper seeks, in argumentative theories and fundamental rights of Robert Alexy, an analysis of women's rights in situations involving irregular or illegal abortions. The main hypothesis is that rights can be effected with the corrections arising from the application of state of the failure of prohibition of duty in decent protection to women in illegal abortions. Points out that these corrections should be guided by rules of rational discussion and require the principle of universality, that is, rules that express the common interest, the intersubjective recognition of everyone involved to normative universal assent not only represent a moral intuition of a culture or time. Which also focuses on constitutional democratic state there must be a controlled parliamentary legislation only for himself and for public argument, which means not being driven by ideological justifications and little rational hampering the legitimacy of the claim to truth. It presents descriptive reflections, with the theory framework of fundamental rights, which under the lens of the analytical liberalism, allow refined connections seeking protection against identity democracy. The demand for theoretical consistency with the ideal elements of fundamental rights and the practical relation with the way of life of women in illegal and unsafe abortion situation also point to inhuman and unjust situations towards women showing space for

Keywords: Speech Theory. Fundamental rights. Abortion discrimination. Pretension correction. Sufficient protection principle. Illegal abortions.

ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
Aufl.	<i>Auflage</i>
Bd.	<i>Band</i>
cfe.	Conforme
cfr.	Conferir
CNM	Conselho Nacional de Medicina
e.g.	Por exemplo
ed.	Edição
edit.	Editor
i.e.	Isto é
inc.	Inciso
in	Em
MS	Movimento social
MSM	Movimentos social para mulheres
MSMDA	Movimentos sociais para mulheres pela descriminalização do aborto
n.	Número
Novos	Movimentos Sociais NMS
ns.	Números
Org.	Organizador
OMS	Organização Mundial da Saúde
p.	Página
p. ex.	Por exemplo
Reimpr.	Reimpressão
S.	<i>Seite</i>
s.	Seguinte
ss.	Seguintes (e páginas seguintes)
STF	Supremo Tribunal Federal
t.	Tomo
Trad.	Tradutor ou traduzido por

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 FUNDAMENTOS DE CORREÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SEGUNDO A TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT ALEXY	14
1.1 DIRETRIZES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS	14
1.1.1 Revoluções epistêmicas e linguísticas	14
1.1.2 Hermenêutica e discurso	15
1.1.3 Discurso e ação	16
1.1.4 Razão prática e discurso	18
1.2 A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS	19
1.2.1 Observações terminológicas	19
1.2.2 A Teoria do Discurso de Habermas	22
1.3 A TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT ALEXY	25
1.3.1 Condições essenciais	25
1.3.2 Comparações entre a ética do discurso de Habermas e Alexy	27
1.3.3 A teoria do discurso prático geral	29
<i>1.3.3.1 Fundamentação da regra do discurso</i>	<i>31</i>
<i>1.3.3.2 Regras do discurso prático geral</i>	<i>34</i>
1.4 OS FIOS VERMELHOS DA TEORIA DO DISCURSO DE ALEXY: A RACIONALIDADE, UNIVERSABILIDADE E PRETENSÃO DE CORREÇÃO	39
1.4.1 Racionalidade	39
1.4.2 Universabilidade	41
1.4.3 Pretensão de correção	43
<i>1.4.3.1 A correção da injustiça: normas moralmente incorreta e extremamente injustas</i>	<i>46</i>
<i>1.4.3.2 Proibição da insuficiência na proteção do estado aos direitos fundamentais</i>	<i>48</i>
<i>1.4.3.3 A centralidade da dignidade humana e a compatibilidade com conteúdo objetivo dos direitos fundamentais</i>	<i>50</i>
<i>1.4.3.4 Problemas e limites do discurso prático racional geral</i>	<i>51</i>
1.5 LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL DA MAIORIA: A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DA LIBERDADE E IGUALDADE	52
1.5.1 Uso da razão pública e a representação argumentativa	54
1.5.2 Impossibilidade de discursos ideais	56

1.5.3 Necessidade e desempenho do direito: tese do caso especial e a normatividade	57
2 A TEORIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ALEXYANA COMO FUNDAMENTO DE CORREÇÕES ARGUMENTATIVAS	61
2.1 CONTEXTUALIZAÇÕES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS	61
2.1.1 Contribuições liberais na modernidade	61
2.1.2 Evoluções terminológicas de Estado de Direito	64
2.1.3 Liberalismo radical de Hayek, liberalismo econômico de John Rawls e o liberalismo analítico de Robert Alexy	67
2.1.4 Sociabilidade legal	69
2.1.4.1 <i>Sociedade e Estado</i>	71
2.2 DESENVOLVIMENTO, CONCEITOS, CLASSIFICAÇÃO E FORMAS DE ARGUMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	73
2.2.1 Aspectos históricos do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais	73
2.2.2 Construção do conceito de direito	74
2.2.3 Conceito de direitos fundamentais	77
2.2.4 Classificação liberal-analítica dos direitos fundamentais	79
2.2.5 A concepção alexyana de direitos fundamentais sociais	82
2.2.6 A forma de argumentação de direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade.....	85
2.2.6.1 <i>Proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais</i>	86
2.2.6.2 <i>Proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais</i>	87
2.2.6.3 <i>Proporcionalidade como barreira nos princípios da igualdade</i>	88
2.3 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	88
2.3.1 Democracia de identidade como ameaça aos direitos fundamentais	89
2.3.2 A dignidade e/ou neutralidade da legislação nos direitos fundamentais	93
2.3.3 Sobre constitucionalização dos direitos fundamentais.....	97
2.3.4 Superidealização: o discurso de comprometimento de Alexy	98
2.4 A PARTICIPAÇÃO INDIVIDUAL E GRUPOS SOCIAIS PARA FLORESCIMENTO DA CONCEPÇÃO FORMAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	101
2.4.1 Movimentos sociais	101
2.4.2 Participação individual e coletiva na organização das funções estatais	105
2.4.3 NMS a legitimação político-social	107

2.4.4 Caminho do MS: ONG´s à partidos políticos	110
2.5 CONVERGÊNCIAS SOCIOJURÍDICAS	113
2.5.1 Cidadania	113
2.5.2 Argumentos de política e representação argumentativa: a defesa do individual em face do coletivo	115
2.5.3 Direitos fundamentais na política e no direito	116
2.5.4 Formação da representação argumentativa	118
3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL PARA MULHERES NOS ABORTOS CLANDESTINOS	123
3.1 BASES HISTÓRICO-FILOSÓFICO DOS MSM NO BRASIL	123
3.1.1 Terminologias	123
3.1.2 Formação do sujeito individualizado ou emancipado	125
3.1.3 As ondas dos MSM no Brasil	126
3.1.4 A inaplicabilidade da desobediência civil nos casos de abortos ilegais	130
<i>3.1.4.1 Considerações gerais</i>	<i>130</i>
<i>3.1.4.2 O direito de resistência no ordenamento jurídico brasileiro</i>	<i>132</i>
3.1.5 As soluções não globais ou no caso concreto	133
3.1.6 Reflexões sobre atual etapa dos MSM	135
3.2 O ABORTO OU INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ: CONCEITOS E DISPOSITIVOS LEGAIS NO BRASIL	137
3.2.1 Aspectos históricos	137
3.2.2 Conceito de aborto ilegal ou clandestino e tipos de aborto	138
3.3 O DIREITO DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ	139
3.3.1 Direito de liberdade reprodutiva responsável	142
3.3.2 Dispositivos nacionais e internacionais que criminalizam a prática do aborto	144
3.3.3 Considerações gerais a favor e contra a descriminalização do aborto	145
3.3.4 A decisão do STF sobre a anencefalia e decisões do Tribunal Constitucional Alemão sobre autorização do aborto até 12 semanas	146
3.4 ARGUMENTOS TÉCNICOS: DADOS E PESQUISAS SOBRE ABORTOS INSEGUROS NO BRASIL	147
3.4.1 OMS: pesquisas e Manual de prática clínica para um aborto seguro	148
3.4.2 Pesquisa Nacional do Aborto divulgada em 2010: número elevado de aborto ilegal em todas as classes e de internações no SUS	149
3.4.3 Desigualdades regionais e sociais no aborto inseguro	149

3.5 ARGUMENTOS DEMOCRÁTICOS: PRINCIPAIS ONGS EM PROL DA DESCRIMINALIZAÇÃO QUE ATUAM NAS BASES DE MSM NO BRASIL	150
3.5.1 Católicas Pelo Direito de Decidir	151
3.5.2 Women on Waves (mulheres sobre ondas) e Women on Web (mulheres na rede)	151
3.5.3 THEMIS: Gênero e Justiça	152
3.5.4 Agência Patrícia Galvão	153
3.6 ARGUMENTOS EMPÍRICOS: SITUAÇÕES EMBLEMÁTICAS SOBRE A FALTA DE PROTEÇÃO A DIGNIDADE HUMANA DA MULHER	154
3.6.1 Revogação de Portaria que regulamentava atendimento à mulheres em casos de violência	154
3.6.2 Conselho Federal de Medicina parecer favorável perante o Senado Federal: a inércia do parlamento federal e a espera pela atividade jurisdicional	155
3.6.3 Caso Jandira Magdalena dos Santos: um dos exemplos no PL 882/2015 de não corporativismo de gênero e de contribuição para cidadania argumentativa	156
3.6.4 A clínica de planejamento familiar do Mato Grosso do Sul: a marginalização das mulheres e violação de direitos humanos	158
3.7 ARGUMENTO DA UNIVERSALIDADE	159
3.7.1 A ideia nuclear da autonomia das mulheres	159
3.7.2 O direito de dispor sobre o próprio corpo	161
3.7.3 A expansão do discurso feminista: o universal como ideia regulativa	164
3.8 ARGUMENTO DE CORREÇÃO: PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DO ESTADO NA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA DAS MULHERES EM SITUAÇÕES DE ABORTAMENTO CLANDESTINOS	165
3.8.1 O argumento da correção com base racional e livre	165
3.8.2 O argumento da correção e argumento da injustiça	167
3.8.3 O cumprimento dos requisitos da insuficiência na proteção do estado à autonomia da mulher nos casos de abortos clandestinos no Brasil	168
3.8.4 A insuficiência da proteção estatal às mulheres nos casos de abortos clandestinos no Brasil	171
CONCLUSÃO.....	173
REFERÊNCIAS	177
ANEXO A – QUADRO ARGUMENTATIVO	190

ANEXO B – PROJETO DE LEI Nº DE 2015	191
--	------------

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é investigar possibilidades e em quais medidas a teoria discursiva de Robert Alexy pode ser instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e humanos das mulheres em situação de abortos clandestinos no Brasil. O trabalho versa, portanto, sobre a construção de argumentos jurídicos racionais para que sejam aplicados numa decisão jurídica que julga determinados tratamentos à mulher que comete aborto ilegal e inseguro como indigno ou digno como violador ou não do princípio jusfundamental da autonomia.

A hipótese da pesquisa é a de que a fundamentação e correção de decisões jurídicas na aplicação de direitos fundamentais pressupõem um discurso prático-jurídico fundado em argumentos com bases pragmático-universais que, neste trabalho, é o dever de proteção estatal suficiente como forma de obstar a violação da autonomia das mulheres.

Este trabalho está dividido em três partes: fundamentos de correção jurídica na teoria do discurso alexyana, a teoria dos direitos fundamentais alexyana como fundamento de correções argumentativas e, a terceira parte, a aplicação do princípio do dever de proteção na autonomia das mulheres nos abortos clandestinos como um caminho discursivo para descriminalização do aborto no Brasil.

Nesta primeira parte eminentemente da teoria do direito, colocam-se os alicerces que sustentam as impossibilidades discursivas, de direito e de justiça, das violações aos direitos humanos da mulher; desenvolvem-se, a partir das diretrizes históricas e filosóficas do discurso, as semelhanças entre a teoria de Habermas e Alexy; examinam-se, na teoria do alexyana, as regras do discurso prático geral, os fios vermelhos da teoria que são racionalidade, universalidade e pretensão de correção; destacam-se a justiça, o dever de proteção estatal e a dignidade humana como instrumentos para correção.

Na segunda parte, será apresentado o conceito de direito e a natureza dual do direito, uma real ou fática que exige a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, e outra, ideal ou crítica, que se refere à correção do conteúdo e dos conceitos de democracia. E, também, uma classificação liberal-analítica dos direitos fundamentais, as relações deste com a democracia-constitucional, e os esclarecimentos acerca da superidealização, ressaltando-se as divergências

metodológicas entre a dogmática jurídica (dever-ser) e a sociologia (plano no que é)¹, e que as interligações descritivas e normativas são fomentos de discussões jurídicas² e sociológico-políticas³. E, por fim, alinha-se a importância da formação da representação argumentativa, e do desenvolvimento de cidadão argumentativo, para que se evite a democracia de identidade.

A hipótese central, o dever de proteção estatal para as mulheres em situação de abortamento clandestino, é desenvolvida na terceira parte com base nos conceitos e ideias das partes anteriores. Inicia-se com observações terminológicas e com as etapas ou ondas dos movimentos sociais de mulheres.

Apresenta-se também o conceito e tipos de aborto, os dispositivos constitucionais e supraconstitucionais, pesquisas científicas e dados sobre a questão do aborto ilegal e inseguro, inclusive destacando-se a contribuição da OMS. Algumas ONGs são destacadas porque levam a sério as situações e reivindicações das mulheres nas demandas sobre o aborto. Trazem-se casos emblemáticos que sinalizam que a criminalização e a falta de regulamentações estatais ferem direitos humanos e fundamentais. E, por fim, o argumento central, o de correção, com fim de suspender violações aos direitos humanos das mulheres através do dever de proteção estatal como forma de conter o avanço da violação a dignidade da mulher.

O objetivo do presente trabalho tende a envolver cuidados redobrados ou a envolver “preconceitos incontroláveis”⁴, pois pode trazer formas pensar, geralmente opostas às do observador. Inclusive no âmbito filosófico-jurídico pela possibilidade de envolver a descriminalização do aborto via jurisdição constitucional.

Entretanto, este trabalho é pautado no principal objeto da ciência do direito que é a estruturar a ordem de preceitos jurídicos, instalações jurídicas, ideias

¹ Segundo GOHN, M. G. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 10. ed. São Paulo: Loyola, 2013, p. 330. E, WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.

² As disputas jurídicas sujeitam-se a limitações e à amplitude, que variam segundo os tipos de discussões jurídicas que podem ocorrer, tais como: nos meios de comunicação, no processo legislativo, na ciência do direito (dogmática) e no processo judicial (ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 531-532).

³ Discussões políticas envolvem questões jurídicas. Porém, há diferenças substanciais entre representação política e argumentativa. O “parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”, bom será o “resultado quando o Tribunal Constitucional é aceito como uma instância de reflexão do processo político” (ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53-54).

⁴ GADAMER, H. G. **Verdade e método I** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 393.

jurídicas e vivências jurídicas, que não equivalem ao mero formalismo que poderia malograr sua tarefa como “ciência da justiça”⁵.

A teoria discursiva constitucional-democrática de Robert Alexy é importante na discussão contemporânea também sobre os direitos das mulheres em situação de abortamento. O constitucionalismo discursivo almeja a institucionalização de razão e correção através da jurisdição constitucional. Neste, os direitos fundamentais e democracia são considerados elementos indicadores do grau de desenvolvimento em um sistema jurídico-político e de um país que busca decisões também justas.

⁵ HOLLERBACH, A. **Ciência do Direito**. Tradução Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 14.

1 FUNDAMENTOS DE CORREÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL SEGUNDO A TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT ALEXY

1.1 DIRETRIZES HISTÓRICAS E FILOSÓFICAS

1.1.1 Revoluções epistêmicas e linguísticas

A história da modernidade pode ser descrita como um crescente ferimento ao narcisismo humano, ou uma progressiva autodiminuição do ser humano⁶. Porém, há importantes contramovimentos que empurram o ser humano ao centro, especialmente, os influenciados pelo pensamento kantiano o qual podemos destacar sob dois ângulos revolucionários.

Primeira foi epistêmico, que Kant comparou com a de Copérnico, ressaltando que não só se iluminava ao assunto como também deslocava o assunto; o ser humano não rolava do centro para outro lugar, em Kant o ser humano é empurrado para o centro. A revolução copernicana de Kant, nesse sentido, significa que os objetos do conhecimento não aparecem por si mesmos, mas eles são trazidos à luz pelo sujeito (transcendental)⁷.

A segunda, a linguística, alterou, enormemente, a filosofia e pensamento geral a partir da revolução da modernidade⁸. A linguagem passou a ter abertura para o mundo da vida e de seus diferentes jogos, essa “dimensão pragmática da linguagem”, conforme enfatiza Ludwig, preocupação central passou a não residir no desvendar naquilo que se esconde sob a linguagem, mas, sim, em se enfatizar a sua funcionalidade prática.

⁶ HÖFFE, O. **Kant crítica da razão pura** – os fundamentos da filosofia moderna. São Paulo: Loyola, 2013, p. 52.

⁷ HÖFFE, O. **Immanuel Kant**. Tradução Christian Viktor Hamm e Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 44. O transcendental em Kant é ir além do indivíduo, é ao mesmo tempo comum a todos.

⁸ Ver LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 168-179. O jurista apresentou, de maneira ampla e fundamentada, históricos da virada linguística na filosofia da linguagem inclusive ressaltando contribuições pontuais. Essa obra, em várias passagens, retoma pensamento kantiano, especialmente, como um expoente da consciência da finitude humana e um divisor de água para a compreensão da razão humana prática. Demonstrou, em várias passagens, que tentar colocar no lugar da lei moral máximas particulares e não universalizáveis é espontaneísmo moral ou heteronomia que se afina com a postura solopsista.

Nessa dimensão teve relevância a teoria dos atos de fala⁹, que resultou em duas perspectivas importantes. Uma que a linguagem é atividade guiada por regras. Duas que é o caminho da racionalidade prática que passa pela linguagem, na qual a regra, pela universalidade, serve de razão, adentrando no caminho do discurso prático geral.

A linguagem só convence os que estão no mesmo mundo. O desafio é encontrar pontes entre mundos diferentes. No mundo do direito a questão caminhou a passos largos porque mundos diferentes são interligados por pontes normativas denominadas, por Alexy, pretensão de correção.

Há algumas questões, porém, que precisam ser trazidas ao centro da discussão como a **garantia de formação ao sujeito nos processos argumentativos** e fortalecimento destes em mundos que tendem a se unir em um discurso prático racional geral, como os mundos do direito e o empírico (sociológico).

1.1.2 Hermenêutica e discurso

O avanço do clamor pela correção do “arbítrio de ideias”¹⁰ é retratado em discursos que têm a pretensão de verdade. Nesse sentido, ganha importância a hermenêutica¹¹, por ser ferramenta de compreensão no caso concreto, bem como a retórica¹², que não seja de “floreios estilísticos e truques persuasivos”¹³.

⁹ AUSTIN, J. L. *Como hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Barcelona: Paidós, 2004; SEALE, J. *Speech acts: na essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University, 1969 *apud* LEIVAS, P. G. C. **A correção e a fundamentação de decisões jurídicas, em bases pragmático-universais, na aplicação do direito de igualdade geral**. 2009. Tese (Doutorado) em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009, p. 34-50.

¹⁰ HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 62.

¹¹ No sentido universal não é um só caminho, mais um desvio, ultrapassar contornando; não é um comportamento meramente reprodutivo, mas também sempre produtivo, aperfeiçoa. Neste sentido GADAMER, H. G. *Verdade e método I traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 392.

¹² HAFT, F. **Juristische Rhetorik**. 6. Aufl. Freiburg/München: Alber, 1999 *apud* LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão em Robert Alexy**, 2014, p. 118-119, observa que “a retórica representa uma dimensão e uma testemunha do fenômeno universal da estrutura da linguagem humana”; e que a retórica nasceu justamente do afloramento do problema jurídico cardeal do direito natural, ou seja, à desmitificação, desnaturalização e a humanização do próprio direito, e destinada exclusivamente ao uso no discurso jurídico.

¹³ HAFT, F. **Juristische Rhetorik**. 6. Aufl. Freiburg/München: Alber, 1999, S. 205 *apud* LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão em Robert Alexy**, 2014, p. 119, esclarecimentos sobre retórica dos quais três são especialmente interessantes. O primeiro frisa a importância da retórica, *apud*, para os juristas, em especial, porque a jurisprudência inicia-se em conexão com a mesma. O segundo lembra que a retórica é particularmente importante para os juristas, considerando que a jurisprudência teve seu começo em estreita conexão com a retórica *apud* VIEHWEG, T. **Rechtsphilosophie und rhetorische Rechtstheorie: gesammelte kleine Schriften**. Baden-Baden: Nomos, 1995, S. 200. E o terceiro registrou a tentativa frustrada de Perelman de reabilitar a argumentação de Aristóteles, na qual a retórica era como arte de raciocinar a partir de

Gadamer¹⁴ revela que a retórica antiga sabia da relação circular do todo com as partes e comparou o discurso perfeito como um corpo orgânico em que há relação entre a cabeça e os membros. A hermenêutica tem precedência sobre a dogmática¹⁵, mas a aplicação do direito vem antes da hermenêutica. Não se interpreta sem aplicar, sem ter dúvida e sem concretizar a lei ao caso concreto¹⁶.

A experiência hermenêutica tem a ver com a tradição¹⁷. Esta não é um simples acontecer que se conhece e domina; é uma linguagem que fala por si mesma, como “um tu aberto ao tempo”¹⁸. A compreensão parte do “que diz um texto a partir da situação concreta na qual foi produzida”¹⁹, isto é, olhar a coisa em si mesma.

A hermenêutica romântica foi ultrapassada. A simples individualidade cedeu lugar à *verdade da coisa*, que não é uma mera expressão de vida, mas sim levar o outro a sério; levar a *pretensão de verdade* do outro a sério.

1.1.3 Discurso e ação

O discurso humano é uma potência única, que se atualiza de maneiras diversas. Segundo Arendt²⁰, a pluralidade humana é condição básica da ação e do discurso, que com seu paradoxo entre igualdade e diferença revela a vida entre seres humanos com suas identidades pessoais e singulares.

opiniões geralmente aceitas (*eulogos*), e propor **nova retórica**, para resgatá-la do esquecimento e evitar a denominação **dialética** *apud* PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria E. de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. No entanto, considera-se que não há clareza sobre o que seria a diferença da “nova retórica”. Tanto que Alexy lhe aponta justamente a falta de uma análise da estrutura lógica dos argumentos, o que é imprescindível para descobrir sistematicamente premissas encobertas e pôr em evidência a inserção de meios persuasivos para “efetuar passos logicamente inconcludentes”. ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**, p. 164-165.

¹⁴ GADAMER, H. G. **Verdade e método I** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 243.

¹⁵ *Ibidem*, p. 433-434. Exemplificando, um pastor tem que se casar para falar de casamento.

¹⁶ *Ibidem*, p. 432, 439. Exemplificando, se pago o aluguel não vou ser chamado em juízo.

¹⁷ *Ibidem*, p. 466-467. A experiência é da finitude humana, daquele que sabe não ser o senhor do tempo nem do futuro.

¹⁸ HESSE, 1998, p. 469. O jurista alemão entende que na abertura ao tempo está a compreensão de si, do objeto e do problema.

¹⁹ GADAMER, H. G. **Verdade e método I** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 439.

²⁰ ARENDT, H. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 191.

Sem a companhia do discurso a ação perderia o caráter revelador e as realizações humanas seriam incompreensíveis. Sem o caráter discursivo²¹ a ação deixaria de ser ação e não haveria ator, pois a ação é humanamente revelada através da palavra na qual o autor se identifica e coloca as questões. O discurso transforma-se, de fato, em uma mera conversa, quando as palavras nada revelam, senão apenas um meio para alcançar um fim. As ações mais comuns nos discursos argumentativos são convencimento e persuasão.

Burkard e Precht²² ressaltam que a comunicação ideal como instância de validade de cada argumentação, reconstrói a pragmática do discurso em um discurso estritamente argumentativo-reflexivo. Daqui diferenciam os discursos concretos, orientados a objetos, que se tornam tema de uma tipologia discursiva. Também informam as diferenças entre os discursos teóricos, práticos, expressivos, estéticos e explicativos.

Nos discursos especiais são destacados o discurso teórico no qual são lançadas pretensões de verdade controversas sobre o assunto numa forma de argumentação; o discurso linguístico-analítico, descritivo que leva em consideração a intenção cognitiva, a pretensão à definitividade da verdade e à sinteticidade; e o discurso prático ou normativo que trata das pretensões à correção normativa, tendo em vista uma matéria necessitada de regulação perante interesse comum a todos os envolvidos e por isso merece um reconhecimento geral.

Há transição do discurso à ação, no âmbito de validade universal dos direitos humanos, quando se pode estabelecer uma validade universal dos direitos humanos e se pressupõe a autonomia, o consenso em discurso ideal e a união entre teoria do discurso, democracia e direitos humanos²³.

²¹ O adjetivo filosófico discursivo corresponde ao sentido da palavra grega *dianoia* significa procedimento racional que infere conclusões de premissas, isto é, através de enunciados negativos ou afirmativos sucessivos e concatenados Cfr. ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 289, que também ressalta que Kant contrapôs o intelecto humano ou discursivo ao hipotético intelecto intuitivo.

²² BURKARD, F.-P.; PRECHET, P. (orgs.). **Metzler Lexikon Philosophie**, S. 106, 116-117.

²³ ALEXY, R. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín J.; ERIKSEN, Erik O. (eds). *Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives*. Oslo: **Arena Report**, n. 9, 2004, p. 35-51. Disponível em: <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/reports/2004/Report_09_04.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

1.1.4 Razão prática e discurso

O conceito geral de discurso é a designação de um diálogo realizado à base de argumentos²⁴. A razão prática é entendida como a sabedoria *prudentia* ou *phronesis*, ou seja, opera sempre em um horizonte de práticas e costumes estabelecidos e, diferentemente da razão experimental que permanece no meio acadêmico, abarca a responsabilidade para uma família, para uma comunidade, para com um Estado²⁵. É utilizada a serviço da vontade e de acordo com a lei; tanto que o conceito de vontade é utilizado como sinônimo de ação prática²⁶.

A Teoria do Discurso, que opera com regras de razão prática na atividade jurídica, levanta questionamentos no âmbito da teoria política ou do Estado sobre a legitimidade dessa própria atuação.

²⁴ BURKARD, PRECHET, 2008, S. 106.

²⁵ KRIELE, op. cit., p. 63. No entanto, as consequências da razão prática independem da moral porque é possível se alcançar de outra forma, daí se diz que nada é bom em si mesmo, a não ser a vontade. Cfr. KERSTING, W. **Liberdade bem-ordenada** – filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 168 e ss. O homem é um fim em si mesmo, tem valor absoluto e não pode ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso, tem dignidade de pessoa. A relação do modo de cumprimento da lei (fundamental) da razão prática pura do modo de dação de leis é a diferença entre moral e direito. Direito limita-se à conduta conforme o seu dever, a ética exige além, atuar do dever. Toda dação de leis pode ser diferente com respeito às molas propulsoras. Pode ser ética e jurídica, a distinção está no princípio da execução da lei. As leis (exteriores) limitam-se a exigir mera concordância de atuação da lei (legalidade), sem considerar a mola propulsora (moralidade). Sobre a expressão mola propulsora não é usada como atuação, ou seja, ela não deve nem pode se fazer presente em cada lei jurídica; mola propulsora é somente uma possibilidade de uma coerção exterior. O tradutor, Valério Rohden afirmou que Kant não usou o termo *Triebfeder* (literalmente mola propulsora) univocamente, que passa, pois, a se identificar com *Bewegungsgrund* (literalmente razão movente) (Cfr. KANT, I. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 247, 249, 583 e 584. KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 18, 29-30; **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, S. 22.

²⁶ KANT, I. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. S. 14, 34 e 53 e, em português, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 25, 50 e 73.

1.2 A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS

1.2.1 Observações terminológicas

Discurso e ética do discurso

Karl-Otto Apel²⁷, no final da década de 1960, publicou trabalhos sobre a ética comunicativa, no âmbito da filosofia prática, bem como trabalhou com a concepção *mundo da vida*, que teve importância na Teoria da Ação Comunicativa desenvolvida pelo até então colaborador Jürgen Habermas. Este, portanto, aperfeiçoou o uso da expressão *ética do discurso* ao referi-la como uma forma particular de comunicação no discurso argumentativo.

A especificação do conceito discurso de Habermas, segundo Brurkard e Precht²⁸, representa uma forma de comunicação na qual a própria comunicação torna-se tema, isto é, as pretensões de validade implícita ou explicitamente são instauradas em cada comunicação. Mais uma vez, elucidam que cada declaração contém uma pretensão de validade da verdade e de correção normativa, que é uma adequação normativa da declaração como uma ação num caso concreto de ação, e assim através dessa autotematização da comunicação o discurso representa uma forma reflexiva da metacomunicação.

A ética clássica é mais difundida como base de todas as questões da “boa vida”, enquanto a ética ou moral, no sentido intersubjetivo de Kant, remete a como devemos nos tornar ético/morais²⁹ para fins de correção de problemas, ou agir com justiça. A ética do discurso pode ser duas coisas diferentes; uma teoria sobre quais são as exigências que devem ser preenchidas para que um discurso seja válido, que é chamada pragmática universal; e teoria sobre o sentido discursivo de enunciados

²⁷ APEL, Karl-Otto. **Teoría de la verdad y ética del discurso**. Madrid: Paidós, 1991.

²⁸ BURKARD; PRECHET, 2008, S. 116-117. Sob ponto da lógica do discurso advertem sobre a informação das pretensões de validade lançadas nos discursos e sobre as condições nas quais elas são aceitáveis e por isso diferencia pretensões de validade internas e externas (*Schnädelbach*). Nas primeiras caracteriza o resultado do discurso quando outros padrões normativos não comunicativos são empregados, exemplificando no contexto das disciplinas acadêmicas a explicação de um conceito; nas segundas, se medem pelo propósito do acordo comunicativo como as pretensões de validade universais tais como: (a) a pretensão à inteligibilidade (da utilização de expressões adequadas); (b) a pretensão do não persuasivo (não influenciar de forma manipulativa); (c) a pretensão da consistência semântica e pragmática (nenhum predicativo contraditório com relação a um objeto e nenhuma contradição entre a intenção de uma declaração e o conteúdo declarativo).

²⁹ KANT, I. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 463-464.

morais, que é a teoria habermasiana do discurso moral, que é reservada ao nome “ética do discurso”³⁰.

A Teoria do Discurso, contemporaneamente, baseia-se na aceitação de que sob os pressupostos das regras processuais podem-se fazer considerações de uma maneira racional sobre as pretensões de validade da verdade e da correção; recebe sua condição particular em razão de sua exigência de representar uma possibilidade de fundamentação racional para conteúdos normativos, isto é, a possibilidade de uma solução racional e consensual para questões controversas de juízo moral³¹. A teoria ou ética de Habermas, inicialmente, foi desenvolvida para a moral, após se estender-se ao direito e ao estado constitucional.

Argumento e Teoria da Argumentação

Estabeleceu-se como argumento uma declaração que reivindica uma função justificadora com relação a uma afirmação. A estrutura geral dos argumentos é uma *declaração problemática*, para a qual uma determinada *pretensão de validade* é levantada, e a partir do princípio ou regra fundamental com o qual essa pretensão deve ser fundada³². Desta assertiva, pode-se afirmar em outras palavras e nível que, para ser argumento, tem de, sucessivamente, passar pela interpretação, pretensão de correção e verificação pública.

Precht e Burkard³³ também esclarecem que a teoria da argumentação é uma teoria dos pressupostos, funções, formas e estruturas da argumentação e que a exclusão da retórica e da tópica da teoria da argumentação contribuiu para

³⁰ HABERMAS, J. **Erläuterung zur Diskursethik**. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, S. 11; em espanhol **Aclaraciones a la ética del discurso**. Tradução José Mardomingo. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 15.

³¹ BURKARD; PRECHET, 2008, S. 117.

³² Ibidem, p. 3. Auflage. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler, 2008, S. 43-44. Pertinente também é a informação que na retórica e lógica latina destaca-se para duas diferentes formas de fundamentação. A primeira, os processos de comprovação desempenham um papel especial: (a) a prova *a fortiori*: a alegação a ser provada segue-se a uma já provada; (b) a prova e *concesso*: a declaração a ser provada segue-se a uma já reconhecida como verdadeira; (c) a prova e contrário: o julgamento contraditório não é verdadeiro. A segunda, com relação às instâncias de recurso: (a) o argumento *ad rem*, as declarações referidas são realmente verificadas; (b) o argumento *ad hominem*, no qual é feita referência a declarações aceitas como verdadeiras pelo parceiro de diálogo; (c) o argumento *ad veritatem*, que recorre apenas a argumentos verificáveis; (d) o argumento *ad iudicium*, encontra lugar opiniões reconhecidas como válidas pelo bom senso; (e) o argumento *ad verecundiam*, que busca fundamento na autoridade da tradição; (f) e no argumento *concessu gentium*, no qual é presumido o valor de verdade de uma declaração independente da cultura ou tempo.

³³ Idem.

estruturacões lógico-formal das argumentaões. Afirnam que na Teoria do Discurso (Habermas, Alexy) a Teoria da Argumentaão torna-se um equivalente da Teoria da Racionalidade. Por ser o consenso ideal, o propósito regulador ou pressuposto da argumentaão de cada argumentaão, bem como pretensões de validade como as relacionadas à inteligibilidade, correção e honestidade, o reconhecimento da comunidade de comunicaão real e ideal reconstrói a pragmática do discurso num discurso estritamente argumentativo-reflexivo.

Pragmático-transcendental e pragmático-universal

Em Habermas a utilizaão de pragmático³⁴-universal adveio, inicialmente, da teoria dos atos de fala de Austin e Searle³⁵; posteriormente, teve importância na elaboraão da teoria do agir comunicativo³⁶. A fundamentaão pragmática permite que em uma *práxis* de justificaão pública ingresse pretensão de validade e só a força do melhor argumento determina o resultado.

Por transcendental entende-se como uma reflexão que indica as condições necessárias ao que diz respeito às condições que tem que estar preenchidas para que o conhecimento do ser seja possível, uma reflexão que indica as condições necessárias, cumpridas *a priori* pelo sujeito para algo.

Mas a utilizaão do termo em Alexy não é tão uniforme. Na justificaão as regras racionais do discurso prático, Alexy³⁷ distingue dois aspectos da universalidade: conteúdo das regras do discurso (exige direitos iguais em todo discurso) e a sua validez universal, e nesta ingressa o termo transcendental. A

³⁴ Na teoria habermasiana as tarefas pragmáticas são informadas a partir de uma perspectiva de um ator que toma como ponto de partida seus objetivos e preferências, sem inserir questões morais.

³⁵ HABERMAS, J. (1976) ¿Qué significa pragmática universal? In: **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. 2. ed. Madrid: Cátedra, 1994, p. 299-368.

³⁶ HABERMAS, J. **Theorie des Kommunikativen Handelns – Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung Band I und II**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995; em português. **Teoria do agir comunicativo – racionalidade da ação e racionalização social volume I**. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, e **Teoria do agir comunicativo – sobre a crítica da razão funcionalista volume II**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

³⁷ ALEXY, R. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Trad. Luís Afonso Heck. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102 e ss.

questão principal, segundo o jurista alemão, é se validade universal pode ser fundamento num argumento transcendental que se compõe em três partes: versão muito fraca de um argumento pragmático-transcendental; parte do todo, que se direciona à maximização da utilidade individual; e dessa união pressupõe uma premissa empírica. Ou seja, podem ser definidos como aqueles que partem de um dado e concluem sobre as condições de possibilidade necessárias desse dado. Na primeira parte do argumento reside uma posição problemática por causa da controvérsia filosófica geral sobre a possibilidade de *argumentos transcendentais*.

A discrepância torna-se mais relevante quando Alexy registra duas posições terminológicas, ora afastando a qualidade de “transcendental” em favor de “universal”³⁸ ora preferindo o termo “transcendental”, embora em um sentido mais fraco.

A expressão pragmático-universal é entendida como a que mais evita equívoco³⁹; em outro momento⁴⁰, é utilizada a expressão pragmático-transcendental também quando um argumento deve ser na forma débil, por não ser possível afastar o elemento empírico relativo à composição de interesses.

Não se verifica contradição ou divergência insuperável, seja como transcendental, seja apenas como universal. O argumento quanto à fundamentação das regras se vale de uma concepção de racionalidade fraca (procedimental em sentido diferenciado) e de *objetividade modesta*⁴¹.

1.2.2 A Teoria do Discurso de Habermas

A característica dessa ética do discurso é, por um lado, a exigência de que a busca do consenso possa ser concretizada como uma argumentação real dos envolvidos e, por outro lado, é de que o discurso oriente-se por critérios de uma argumentação racional. Esses critérios são indicados nas regras gerais do discurso,

³⁸ HABERMAS, J. *¿Qué significa pragmática universal?* In: **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. Tradução de Manuel Jimenez Redondo, 1976, p. 299-368.

³⁹ ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 182; no original *Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, S. 231.

⁴⁰ Ibidem, p. 306-307, S. 419-420.

⁴¹ Esta terminologia, que será retomada quando tratarmos da teoria do discurso de Alexy, logo a seguir, é apresentada de forma pontual por LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão** em Robert Alexy, p. 176.

os quais se subdividem em três pontos de vista: o plano lógico das regras diz respeito à isenção de contradições e consistência com vista ao julgamento de situações; o plano procedimental diz respeito aos pressupostos para relações de comunicação, a saber, o reconhecimento da capacidade de responder por seus atos e da veracidade do participante; o plano processual diz respeito ao processo de comunicação, a saber, livre participação e livre expressão de opiniões para todos⁴².

Segundo Habermas⁴³, apesar do pluralismo de formas particulares de vida, é possível identificar uma práxis argumentativa comum em todas as formas de vida. Daí o princípio discursivo: apenas podem pretender validade as normas que puderem encontrar concordância de todos os envolvidos em discursos práticos. Mas para operacionalização do referido princípio, falta a regra da argumentação que indique como as normas morais podem ser fundamentadas, que é o princípio da universalização.

Habermas reconstrói o princípio da universalização ao afirmar que somente satisfazem a exigência do imperativo categórico aquelas normas que manifestem o interesse comum de todos os envolvidos e possam contar com assentimento universal, bem como possam merecer o reconhecimento intersubjetivo. A ética discursiva sugere que somente podem aspirar à validade aquelas normas que tiverem o consentimento e a aceitação de todos os integrantes do discurso prático.

Para que uma norma tenha condições de transformar-se em norma geral, aspirando validade universal, requer que os resultados sejam aceitos por todos. O caráter universal de uma norma se evidencia quando não exprimir somente uma intuição moral de uma cultura ou época.

Portanto, entende que o campo da ética do discurso não pode ser apoiado de forma transcendente⁴⁴ (empírico), mas sim de forma imanente (descritivo, analítico) na práxis argumentativa de reuniões de conselhos presentes em todas as culturas e sociedades.

⁴² BURKARD; PRECHET, 2008, S. 117.

⁴³ HABERMAS, Uma visão genealógica *apud* LEIVAS, P. L. G., p. 78.

⁴⁴ Neste sentido, Posfácio de HECK, L. A. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 247.

Sem a plena liberdade individual ilimitada, que permite tomar posição em face das pretensões de validade⁴⁵ normativa, o acordo não poderia ser universal; e sem a empatia solidária de cada um com relação a todos os outros, não poderia haver uma solução consensual porque argumentos apenas dão continuidade à orientação ação comunicativa com os meios reflexivos; não desaparece também a consciência de que a perspectiva egocêntrica do indivíduo não é inata, mas socialmente produzida. Deve conter o processo de formação da vontade discursiva da interdependência desses dois aspectos em consideração: a autonomia dos indivíduos e sua incorporação razoável antes em formas intersubjetivamente compartilhadas da vida em geral.

O método de formação discursiva da vontade leva a uma estreita ligação da inaliabilidade da autonomia de indivíduos e o seu enraizamento em formas de vidas compartilhadas, que não significa reconciliação de Kant com Aristóteles, segundo Habermas⁴⁶. Kant foi o único a reservar o juízo moral no reino da razão prática e, conseqüentemente, um conhecimento exigente verdadeiro. A seu ver, todas as declarações, normativa, empírica, mesmo estética, reivindicam uma pretensão validade consigo (*einen Geltungsanspruch*), que podem ser apoiadas ou criticadas à luz de boas razões⁴⁷. Decisões também significam que o conceito de moralidade precisa agora de uma mediação epistemológica. O que se entende por moralidade depende da resposta acerca da possibilidade de uma decisão racional de questões práticas.

Habermas⁴⁸ também discorre sobre a importância da subjetividade esclarecendo que a interpretação intersubjetiva do imperativo categórico não tem a

⁴⁵ Ibidem S. 73; p. 78. Porém, a validade em Habermas difere de Kelsen e Alexy. Em: HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Disjunkttheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, S 19; em português, **Direito e democracia entre facticidade e validade I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 21, entende validade num contexto de razão comunicativa, no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade, não fornece nenhum tipo de indicação concreta. Em: KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 238, a validade depende da eficácia, isto é, a eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto condiz com pensamento de KANT, I. **Crítica da razão prática**. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113, ao entender que condição é uma coisa, mas não é a mesma coisa; em especial quando lemos “a lei moral não expressa senão autonomia da razão prática pura, isto é, a liberdade, é esta é ela mesma a condição formal de todas as máximas, sob a qual ela unicamente podem concordar com a lei suprema”. Em Alexy, a validade depende de fundamentação.

⁴⁶ Ibidem S. 73, p. 73.

⁴⁷ Ibidem S. 202; p. 23.

⁴⁸ HABERMAS, J. **A ética da discussão e a questão da verdade**, p. 8-16.

intenção de ser outra coisa senão uma explicação do seu significado fundamental. Nesse sentido, o discurso prático pode ser compreendido como uma nova forma específica de aplicação imperativo-categórica.

A liberdade plena individual permite tomar posição em face das pretensões de validade⁴⁹ normativa e um acordo universal ou pretensão de univiersabilidade. O processo de formação da vontade discursiva da interdependência deve considerar os aspectos da autonomia dos indivíduos e o compartilhamento da vida em geral de incorporações de formas intersubjetivas de vida. Assim, essa formação discursiva leva a uma estreita ligação da inaliabilidade da autonomia de indivíduos e o seu enraizamento em formas de vida compartilhadas.

1.3 A TEORIA DO DISCURSO DE ROBERT ALEXY

1.3.1 Condições essenciais

O discurso, os direitos humanos e fundamentais e a teoria dos princípios são fundamentais na teoria de Alexy, que versa sobre o conceito e a natureza dupla do direito, não positivista. Desta maneira, não é difícil imaginar que a “*teoria discursiva do estado constitucional democrático*”⁵⁰ exige um conceito de direito que abarque o institucional na dimensão real e o correto na dimensão ideal ou discursiva.

A relação entre discurso e direito passa pela razão prática, pois a ideia fundamental é que esta tem o destino de realizar o direito. O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade⁵¹.

⁴⁹ Ibidem S. 73 e p. 78. Porém, a validade em Habermas difere de Kelsen e Alexy. Em: HABERMAS, J. **Faktizität und Geltung: Beiträge zur Disjunkturtheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, S 19; em português, **Direito e democracia entre facticidade e validade I**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 21, entende validade num contexto de razão comunicativa, no âmbito de uma teoria reconstrutiva da sociedade, não fornece nenhum tipo de indicação concreta. Em: KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 238, a validade depende da eficácia, isto é, a eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto condiz com pensamento de KANT, I. **Crítica da razão prática**. Tradução Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113, ao entender que condição é uma coisa, mas não é a mesma coisa; em especial quando lemos “a lei moral não expressa senão autonomia da razão prática pura, isto é, a liberdade, é esta é ela mesma a condição formal de todas as máximas, sob a qual ela unicamente podem concordar com a lei suprema”. Em Alexy, a validade depende de fundamentação.

⁵⁰ ALEXY, R. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**, p. 20.

⁵¹ ALEXY, R. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-113.

Nas realizações como direitos humanos devem ser institucionalizados como direitos positivos, mas a plenitude se dá com o controle de constitucionalidade. Questiona-se, portanto, de como se deve interpretar e aplicar os direitos fundamentais, sendo que a distinção entre regras e princípios está inseparavelmente conectada à máxima mais importante da interpretação dos direitos fundamentais, a da proporcionalidade.

Robert Alexy contextualiza a Teoria dos Direitos Fundamentais como uma teoria jurídica geral e como uma oportuna defesa da razão prática contra as alegações que justifiquem emergências que visem a afastá-las. Os alicerces desse contexto estão na Teoria da Argumentação Jurídica, ao comprovarem que as aplicações legais não se ajustam ao modelo de subsunção e que as valorações são necessárias.

Ludwig⁵² elucida que uma teoria profunda do entendimento da prática jurídica tem de ser uma teoria da *objetividade modesta* (não compactua com as pretensões absolutas ou fortes levantadas por teorias que não ultrapassam da dimensão semântica), enquanto a superficial pretenderia ser uma teoria forte da objetividade.

E, por essa razão, aponta que Pavlakos vislumbra na teoria discursiva de Alexy condições de ser uma teoria profunda porque trabalha com estruturas de dentro da linguagem, mas oferece limites normativos para o conteúdo de proposições jurídicas ao ponto de achar objetividade uma ideia filosófica sutil de uma gramática discursiva da argumentação.

A teoria do discurso, portanto, tem objetividade porque traz um caráter dinâmico e aberto, isto é, cada um deve poder tomar parte em discurso, problematizar e introduzir qualquer asserção no discurso porque tem a natureza ampla. Portanto, a teoria alexyana do sistema jurídico ou moral é **ampla, dinâmica e flexível**.

⁵² PAVLAKOS, G. *Two concepts of objectivity*. In: PAVLAKOS, G. (ed.). **Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2007, p. 83-108 *apud* LUDWIG, J. R., 2014, p. 176. Ludwig também destaca que Pavlakos considera que as importantes teorias cognitivistas contemporâneas em filosofia do direito são a teoria interpretativa do direito de Dworkin e a teoria discursiva do direito de Alexy.

1.3.2 Comparações entre a ética do discurso de Habermas e Alexy

Habermas analisou a tensão de facticidade e validade, isto é, na linguagem do discurso jurídico, entre o princípio da certeza jurídica e a pretensão ou entre certeza jurídica e correção. A universalidade de uma *norma moral*⁵³ pode ser alcançada quando ela pode ser justificada e, mediante o discurso, atingir o nível de um consenso normativo.

De acordo com Habermas⁵⁴:

os discursos são como máquinas de lavar: filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos. Separam as crenças questionáveis daquelas que, por um certo tempo, recebem licença para voltar ao *status* de conhecimento não-problemático.

A validade de uma norma moral está ligada ao fato de que a mesma “merece o reconhecimento universal em virtude de sua capacidade de, por meio da razão somente, obter o consentimento da vontade daqueles a quem se dirige”. Mas é necessária harmonia entre a moral universalista e as práticas de socialização e educação, que se constroem no controle da consciência fortemente interiorizado e que promovem identidades individuais relativamente abstratas. A moral universalista necessita também de harmonia com aquelas instituições políticas e sociais, nas quais já estão incorporadas concepções jurídicas e morais pós-convencionais⁵⁵.

Assim, para que a ética do discurso tenha efetividade, há de se ter um processo generalizado de aprendizagem e de aumento de racionalidade comunicativa em todas as esferas da sociedade, bem como de crescimento e de desenvolvimento de níveis mais elevados e descentrados de identidades morais dos próprios indivíduos. Trata-se de um processo amplo e revolucionário, pois abarca a totalidade da vida e da comunidade humana. Implica um novo modo de conceber e

⁵³ Em harmonia com classificação metaética, que divide as teorias morais em cognitivista e não cognitivista, sendo que só ocorre a primeira quando exprime o sentido kantiano do imperativo categórico de manifestações ou sentenças morais podem ser fundamentadas com um conteúdo cognitivo. Ver LEIVAS, P. G. C. **A correção e a fundamentação de decisões jurídicas, em bases pragmático-universais, na aplicação do direito de igualdade geral**. Tese (Doutorado) em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009, p. 75-76 *apud* HABERMAS, J. Uma visão genealógica da moral. In: HABERMAS, J. A inclusão do outro: estudos da teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 10-11.

⁵⁴ HABERMAS, J. **A ética da discussão e a questão da verdade**, p. 63-66.

⁵⁵ HABERMAS, J. **Erläuterung zur Diskursethik**, S. 26-27; em espanhol **Aclaraciones a la ética del discurso**, p. 30.

de vivenciar a racionalidade, tanto teórica quanto prática, que possui correlação direta com o modo como os humanos interagem com o mundo, com a cultura e com os outros.

No entanto, segundo Alexy⁵⁶, os objetivos principais de Habermas, sob o enfoque jurídico, não são alcançados. Quanto à coerência, é um postulado de racionalidade elementar; porém, o papel da coerência permanece confuso. A argumentação dos princípios é a parte importante da argumentação sistemática, todos os princípios de direito e todas as normas jurídicas têm caráter deontológico (de dever) e não se sobressai sobre o teleológico (finalidade); mas Habermas admite a primazia do bem coletivo sobre direitos individuais⁵⁷. O discurso de aplicação é uma ideia equivocada porque ela contém a prática de uma decisão não universalista.

Habermas contrapõe-se à tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral e entende que é um subconjunto de argumentações morais; mas o discurso jurídico é aberto não só para argumentos morais como também aos éticos e pragmáticos.

Alexy captou da teoria do discurso habermasiana a situação ideal de consenso⁵⁸ e o conceito de pragmática universal para a justificação das regras fundamentais do discurso, com algumas remodelações, para a proposição de regras gerais e formas do discurso prático geral. Também foi herdado de Habermas tanto o caminho para mais qualificações quanto para críticas elementos da modernidade e idealizações (discurso ideal; consenso ideal; condições ideais de discurso).

Enquanto Habermas se limita a esboçar a ideia de uma situação ideal de fala, que serve como modelo para os discursos reais, Alexy desenvolve regras de uma

⁵⁶ ALEXY, R. A teoria do discurso jurídico de Jürgen Habermas. In: **Direito, razão, discurso – estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 128-135.

⁵⁷ Esta situação pode desembocar no *holismo jurídico*, “segundo qual todas premissas já estão contidas ou escondidas no sistema jurídico e, ainda, somente precisam ser descobertas”. In: **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39. Exemplificando, CAMPILONGO, C. F. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 79, ao registrar o seguinte: Abre-se horizonte importante de inquietação. Nos “casos difíceis”, de onde se extrai a fundamentação das decisões? Justiça, moral, razão, princípios e valores amanhecem “na lista de espera”, como afirma ironicamente Luhman. Em que a especificidade das técnicas jurídicas pode ajudar aos movimentos sociais? Sem entrar no mérito dos temas e dos argumentos, em tese, as respostas do sistema jurídico à *quaestio juris* concentram-se no enquadramento dos casos (excesso de possibilidades), nas estruturas normativas e, a partir daí, em operação típica do sistema – produzir ou modificar a estrutura. Na terminologia da teoria dos sistemas: produzir redundância ou variação de modo incessante e dinâmico.

⁵⁸ **Direito, razão, discurso – estudos para a filosofia do direito**. Tradução Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

maneira mais analítica que Habermas: fixou-se nas situações ideal de fala, que denominou de *código de razão prática*.

Ludwig salienta que a teoria da argumentação de Alexy constitui uma diferenciação da teoria do discurso de Habermas⁵⁹, pois esse desenvolveu uma teoria abrangente da ação e da razão a partir de contribuições das ciências sociais e da teoria dos atos de fala na qual foi construída uma teoria pragmática e consensual da verdade que também com uso público das liberdades comunicativas analisa a relação entre legitimidade e legalidade. Houve um deslocamento da verdade do plano semântico para pragmático, isto é, colocou-se como uma pretensão a ser submetida à discussão racional e segundo regras.

Isso significa que Alexy e Habermas aproveitaram a herança kantiana. O primeiro tem mais base filosófico-prática, enquanto o segundo aproveitou mais as partes teóricas da ideia de **universalizabilidade** para a linguagem (ética, direito, política), que é a chamada teoria da ação prática de natureza comunicativa, ou simplesmente teoria da ação comunicativa.

Operacionalizar uma sociedade a partir de uma ética do discurso é, efetivamente, um dos maiores desafios do nosso tempo. A ética ou a teoria do discurso clama pela **democracia discursiva**. Isto significa também que o legislativo parlamentar seja controlado somente por si e por argumento público. Assim, o constitucionalismo discursivo terá sua base não só em instituições e argumentos, mas essencialmente **em pessoas que o apoiam**. Compreende-se a democracia como uma coisa para cidadão emancipado e argumentativo.

1.3.3 A teoria do discurso prático geral

Uma teoria do discurso pode ser avaliada em sentido amplo ou restrito. Pode referir-se a todas as formas de discursos imagináveis, como os teóricos e práticos, e possíveis, como empírico, analítico e normativo. O conceito de discurso alexyano é:

⁵⁹ HABERMAS, J. *Diskurstheoretische Begründung der Grundrechte: Diskursprinzip, Rechtsform und Demokratieprinzip*. In: AUGSBERG, I.; UNGER, S. (Hrsg.). **Basistexte: Grundrechtstheorie**. Baden-Baden: Nomos, 2012, S. 239-249 *apud* LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão em Robert Alexy**, 2014, p. 172-177; e HABERMAS, J. *Was heisst Universalpragmatik?* In: _____. **Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, S. 353-441.

são conjuntos de ações interconectadas nos quais se comprova a verdade ou a correção de proposições” (tradução livre)⁶⁰.

A teoria do discurso alexyana é racional, normativa⁶¹ e prática, sendo o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral e ocorre em condições limitadas, como lei, dogmática e precedente. A opção é kantiana, isto é, a busca é pela racionalidade universalista sob condições de fundamentação e correção de proposições normativas em termos universais.

As singularidades da teoria alexyana são a inserção da razão prática e regulação do discurso com regras. O núcleo da teoria do discurso é conceito de juízo racional, que é definido pelo conceito de fundamentação ou argumentação racional que determinam o discurso racional.

Alexy define e explica a Teoria do Discurso Prático:

É uma teoria procedimental da racionalidade prática. De acordo com a teoria do discurso uma proposição prática normativa é correta (ou verdadeira) se e somente se ela pode ser o resultado de um discurso prático racional. As condições da racionalidade discursiva podem ser explicitadas através de um sistema de princípios, regras e formas do discurso prático geral... O núcleo procedimental consiste em regras que garantem liberdade e igualdade no discurso, através da concessão a todos do direito de participar no discurso e de questionar e defender qualquer afirmação.⁶²

Há discurso prático racional quando nele são cumpridas as condições de um argumentar racional advindo de um sistema de regras do discurso. A razão prática é definida como a capacidade de por aquele sistema de regra chegar a juízos práticos⁶³. As regras do discurso prático racional podem ser concebidas como normas para fundamentação de normas⁶⁴.

Portanto, quem expressa juízos de valor ou de dever tais como: “o aborto é livre para quem tem dinheiro para pagá-lo”⁶⁵, “é injusto que cidadãos pobres façam

⁶⁰ **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 177.

⁶¹ Normativo porque prevê a consequência, pode aperfeiçoar, afirmar ou formar ou ensinar. A tarefa essencial da ciência é afirmação porque corrige o raciocínio.

⁶² ALEXY, R. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 308. Esclarece que a teoria do discurso não tem problema “verdadeira” por “correta”.

⁶³ ALEXY, R. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99.

⁶⁴ **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 177.

⁶⁵ Frase do Dr. Draúzio Varela disponível em: <<http://www.drauziovarella.com.br>> Acesso em: jan. 2015; no mesmo sentido, BRAUNER, M. C. C. (org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Unijuí, 2007, p. 39.

aborto inseguro”, “é injusto quem milita contra o aborto não milite por meios de apoio intenso para que as mulheres em situações difíceis tenham condições de ter e sustentar seus filhos”, “é antidemocrático aborto inseguro por fundamentos não laico” e outras sob o mesmo tema levantam uma pretensão de que seja fundamentável e, nessa medida, correto ou verdadeiro. Esses juízos levantam pretensões de fundamentabilidade, e isto, certamente, não equivale a meras expressões sentimentais.

Assim, sob a égide da racionalidade universalista, é apresentado por Alexy o *modelo simples do discurso prático*⁶⁶ qual seja: um Proponente (P) e um oponente (O) litigam sobre uma proposição normativa (N), enquanto se dirigem razões (G) com bons fundamentos pró e contra. Daí a discussão segue pelas regras que regem este discurso e se há regras com determinadas razões G com boas razões a favor e contra.

1.3.3.1 Fundamentação da regra do discurso

As normas discursivamente possíveis possuem provisoriedade ou uma pretensão de fundamentabilidade⁶⁷. Há maneiras fáceis de fundamentabilidade como o naturalismo e intuicionismo. Na primeira, toda proposição normativa transformar-se-ia em proposição descritiva, ou seja, expressões normativas como “bom” e “devido” seriam definidas através de expressões descritivas. Na segunda, expressões “bom” e “devido” representam quaisquer propriedades ou relações de natureza não empírica.

Em desfavor das teorias naturalistas, que não são normativas e sim explicativas, há argumento central de que a função da linguagem normativa não se limita à descrição de mundo. No intuicionismo não se pode oferecer um critério para evidências corretas e erradas, legítimas e ilegítimas, movendo também em direção ao subjetivismo.

A tentativa de continuar fundamentando enunciados dessa forma poderia levar a um regresso infinito, ou a uma decisão explicável psicológica e sociológica, porém não seriam decisões justificáveis. Portanto, **o traço fundamental da teoria do discurso prático geral é que verse sobre a correção de proposições**

⁶⁶ La teoría de la argumentación jurídica, p. 73.

⁶⁷ Ibidem, p. 140.

normativas e para tanto deve ser evitado o trilema de Münchhausen (regresso ao infinito, circularidade e arbitrariedade no processo que ocasionam rupturas argumentativas e inserção de dogmas que não precisam de fundamento, tampouco de questionamentos)⁶⁸.

Para evitar situações dessa natureza, tem-se uma linha de exigência sobre a atividade da fundamentação. Segundo Alexy, a **tarefa** da teoria do discurso prático racional é:

estabelecer um sistema de regras e formas, fundamentá-lo e verificar sua existência.

Alexy⁶⁹ aponta teorias que não são teorias de discussão racional, mas não as descarta. Num extremo, há teoria da decisão de Rawls, que promete vantagens com tantas considerações e que resulta em “confessadas indeterminações” teórico-decisórias. Noutro extremo, teorias que renunciam regras e formas fixas de argumentação, como a teoria da tópica jurídica em que a discussão é única forma de controle.

Este caminho alexyano, denominado *objetividade modesta*, que foi mencionado na introdução deste tópico, é o resultado do **dilema** de toda teoria do discurso prático racional que consiste:

no fato que de sua significância decisória e com isso sua utilidade aumentarem com a medida de sua força, mas suas chances de ser em geral aceita diminuirão com isso. Quem exige, por exemplo, somente a observância das regras da lógica, a verdade das premissas empíricas empregadas e talvez ainda a consideração das consequências pode rapidamente encontrar ampla concordância em relação a essas exigências mas tem que pagar por isso com a fraqueza dos critérios oferecidos.⁷⁰

Num primeiro momento, o problema da fundamentação parece muito nebuloso porque as regras do discurso prático racional são normas para fundamentação de normas. Porém, o **conceito de fundamentação é, inicialmente,**

⁶⁸ **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 206-207.

⁶⁹ ALEXY, R. **Teoria discursiva do direito**, p. 40. RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Brasília: UnB, 1981, p. 119-158, na qual atrela a escolha de princípios de justiça (liberdade e diferença) à teoria da decisão racional.

⁷⁰ ALEXY, R. **Teoria discursiva do direito**, p. 42.

pensado de forma ampla e rudimentar por Alexy⁷¹, que exemplifica, apesar de ressaltar que não possui pretensão de completude ou sem pontos fracos, com quatro formas que seguem.

Fundamentação técnica

Justifica as regras do discurso pelos fins que devem ser alcançados, isto é, prescrevem meios para determinados fins. Exemplificando, regras técnicas para a solução pacífica de conflito. Duas objeções são destacadas. Uma é que hierarquia dos fins termina porque tem de fundamentar novamente o fim; duas, criaria um sistema de regra tão geral que normas incompatíveis entre si poderiam ser propostas para atingir o fim. No entanto, para fundamentação de regras concretas com fins limitados este tipo de fundamentação é considerado indispensável.

Fundamentação empírica

Este tipo consiste em mostrar que de fato certas regras valem ou resultados individuais podem ser reproduzidos por determinadas regras correspondentes a convicções normativas do fato. Motivações críticas vêm da derivação do dever ser a partir do ser⁷². Portanto, é necessária a constatação de que a observância leva ao racional, isto é, ao correto ou verdadeiro, e por esta razão este tipo de fundamentação é sempre temporário em razão das correções de outras fundamentações. A maior vantagem é que é possível indicar contradições em práticas e incompatibilidades entre convicções.

Fundamentação definitória

Há uma proposta de sistema de regras definidor de uma prática construída fática ou meramente possível. É uma fundamentação problemática porque não se

⁷¹ ALEXY, R. **Teoria discursiva do direito**, p. 42-50; **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 178-183.

⁷² Direito é ciência normativa do dever-ser e só jurista diz o que é Constituição. Mas, se convoca sociólogos, economista, médicos e outros para descrições, constatações e elucidações. Sobre a do dever-se e o direito como ideologia ver KELSEN, H. **A teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 113-119.

mostra como tal e porque avança para arbitrariedade. No entanto, não pode ser descartada, pois é um sistema de regra explícito e não sem êxito analítico-conceitual.

Fundamentação pragmático-universal

Demonstra que a validade de determinadas regras é a condição de possibilidade da comunicação linguística ou para formas de comportamento humano específicos. Este tipo apresenta vários problemas como quais as regras correspondem a pressuposições gerais e quais são constitutivas para quais atos de fala. Há fundamentação deste tipo em números menores de regras fundamentais.

As formas possíveis de fundamentações teórico-discursivas cabem aos participantes do discurso determinar. Um discurso teórico discursivo é um discurso sobre as regras de um discurso. Essas regras podem ser vigentes faticamente entre os falantes. Entretanto, se a regra não for fundamentada, não é irracional o procedimento⁷³.

A Teoria do Discurso pressupõe a necessidade do direito não só por causa da imposição, mas também por causa do problema do conteúdo que conduz à necessidade de procedimentos jurídicos que garantem resultado definitivo⁷⁴.

1.3.3.2 Regras do discurso prático geral

A utilização das regras importa ao falante a aproximação de uma pretensão de correção nos parâmetros racionais do discurso. Evidentemente, não são cabíveis as regras e argumentos em todos os casos. Quanto mais regras puderem ser invocadas, maiores serão as chances de o discurso ser acolhido pelo auditório para o qual se dirige.

⁷³ **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 184 e a p. 52 que consta uma advertência sobre a diferença entre conceito de justificação e fundamentação e por isso pode uma proposição pode ser justificada sem estar fundamentada para evitar “males piores”.

⁷⁴ Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

A Teoria do Discurso coloca a correção de uma proposição normativa como um resultado de cumprimento das regras do discurso⁷⁵; há uma relação entre correção e procedimento. Mas a observação das regras do discurso não assegura a correção da proposição normativa discursivamente alcançada. A justificação de uma proposição normativa depende que a seu favor sejam apresentadas boas razões assentadas em argumentos dados.

Não há pretensão da teoria do discurso, ressalta Anísio⁷⁶, de alcançar a correção normativa em sentido absoluto, pois mesmo o cumprimento das regras do discurso e a suficiente capacidade de juízo dos participantes não garantem uma correção normativa em sentido absoluto e definitivo. Em questões práticas, uma correção absoluta não pode ser alcançada. Porém, apesar de a tese da única resposta dever ser deixada de lado, não significa que a correção não tenha um caráter absoluto. Por isso o conceito de correção é procedimental tanto relativo quanto absoluto.

Inexiste oferta de procedimentos que permita um número finito de operações para chegar rigorosamente a um resultado, ressalta Alexy⁷⁷, pois a Teoria do Discurso não determina a partida nem todos os passos da argumentação, também porque as regras do discurso são cumpríveis só aproximadamente.

Em sentido tríplice são fundamentais as regras do discurso⁷⁸: na competência, que faz parte da forma de vida mais geral da pessoa; no interesse em correção ao fazer uso da competência; e para aquele que não tem interesse em correção, mas é vantajosa a observância objetiva ou institucional (conduta externa) das regras do discurso sob o ponto de vista da maximização individual.

As regras do discurso geral podem ser aplicadas em todas as circunstâncias argumentativas porque são regras básicas para que enunciados normativos, jurídicos ou não, tenham lógica e coerência, podendo ser aceitos como discursivamente possíveis. Porém, exige-se ou se impõe uma ideia generalizante prática.

O problema da imposição de uma norma nasce porque a visão de correção é diferente de exigir o cumprimento da norma. A mudança de uma fase mais teórico-

⁷⁵ GAVIÃO FILHO, A. P. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 136.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁷ ALEXY, R. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. Tradução Luís Afonso Heck. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**, p. 108.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 109.

discursiva para outra mais teórico-normativa equivale à relação entre os princípios eminentemente kantianos do conhecimento (*principium diiudicationis*) e da execução (*principium executionis*).

Em regras processuais estão contidos os postulados da liberdade e igualdade, da autonomia e universalidade. E da exigência de um procedimento argumentativo, que cada participante deve poder decidir de forma livre e igualitária sobre a aceitação das normas. Sob o fundamento dos argumentos, decorre um critério de fundamentação do consentimento geral.

As regras dos discursos práticos gerais são expostas da seguinte maneira⁷⁹:

Regras fundamentais

Possuem condições prévias que possibilitam toda comunicação linguística que origina qualquer questão sobre a verdade ou correção. São compostas das seguintes regras: nenhum falante pode contradizer-se (correção ou verdade); todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita (regra de sinceridade); todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a em todos os aspectos relevantes (falante deve usar expressões com mesmo significado); diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com significados diferentes (princípio da comunidade)⁸⁰.

Regras de razão

Estas regras formulam as condições sem as quais o discurso prático não é possível porque não pode ser monológico. O objetivo é assegurar a imparcialidade da razão prática, sendo que a primeira enuncia a pretensão de fundamentação. As demais garantem a liberdade no discurso que vão além do direito de participação, garantindo também o direito de intervenção ativa.

Considerando a regra geral da fundamentação é que cada um deve, quando é requerido, fundamentar o que afirma, a não ser que possa dar razões que justifiquem a refutação de uma fundamentação que correspondem às exigências de

⁷⁹ La teoría de la argumentación jurídica, p. 184-201.

⁸⁰ ALEXY, R. La teoría de la argumentación jurídica, p. 185.

igualdade de direitos, universalidade e não coerção que correspondem a situações ideais de discurso.

Assim, as regras da razão são: cada um pode participar do discurso; cada um ou todo falante pode problematizar cada afirmação introduzindo no discurso cada afirmação e cada um pode expor pontos de vista, desejos e necessidades; nenhum falante pode ser impedido, mediante coerção, de defender seus direitos determinados nas regras anteriores.

Regras sobre a carga da argumentação

Buscam evitar discriminações infundadas, discussões descontextualizadas ou argumentação insuficiente, tais são: **quem pretende tratar uma pessoa A de maneira distinta que a uma pessoa B está obrigado a fundamentá-lo**; quem ataca uma proposição ou a uma norma que não é objeto da discussão deve apresentar uma razão para este ato; quem aduziu um argumento só está obrigado a fornecer mais argumentos em caso de contra-argumentos; quem introduz em um discurso uma afirmação ou manifestação sobre suas opiniões, desejos ou necessidades que não se refiram como argumento a uma manifestação anterior tem, caso requerido, que fundamentar por que introduziu essa afirmação ou manifestação.

Gavião Filho destaca que a regra material pressupõe o princípio da universalidade e a regra formal de justiça de tratar igual o igual⁸¹.

As formas de argumentos

Não são regras, são formas que podem ser transformadas em regras que permitem ou prescrevem o emprego de argumentos de uma forma específica. O objeto imediato do discurso são as proposições normativas singulares (N) que podem ser em duas formas: como referência uma regra válida (R) aduz uma regra de razão e pressupõe uma proposição (T) verdadeira; e como consequência (F) de seguir um imperativo indicado em (N) pressupõe produção de consequências obrigatória ou boa.

⁸¹ GAVIÃO FILHO, A. **Regras de ponderação racional**, p. 168.

Num segundo momento, a justificação que não pressupõe a validade de R e em cada caso pode levar a resultados incompatíveis entre si. Daí apresenta as consequências das regras (Fr) que resulta se R tem vigência ou se produzirá e se segue R (Zf)

Regras de fundamentação

Todo falante deve fundamentar o que afirma, exceto quando possa dar razões que justifiquem negar uma fundamentação, como nas razões de notoriedade do quanto alegado ou mesmo a existência de entendimento pacífico acerca do tema. Estas regras foram divididas em dois grupos: a origem doutrinária e teórica.

No primeiro grupo as regras são: quem afirma uma proposição normativa que pressupõe uma regra para satisfação dos interesses de outras pessoas, deve poder aceitar consequências destas regras também no caso de se encontrar na situação daquelas pessoas; as consequências de cada regra para a satisfação de interesses de cada um devem ser aceitas por todos; toda regra deve poder ser ensinada de forma aberta e geral.

No segundo grupo estão as regras morais que servem de base às concepções morais de um falante devem provar de sua gênese histórico-crítica. Numa regra moral não há semelhante prova: a) se originariamente as regras eram justificáveis, mas posteriormente perderam sua justificação; b) se originariamente não era possível justificar as regras, nem se pode aduzir novas razões que sejam suficientes; as regras morais que servem de base às concepções morais do falante devem poder passar a prova de sua formação histórica individual. Uma regra moral não passa semelhante prova se foi estabelecida com base em condições de socialização não justificáveis; é necessário respeitar os limites de realizabilidade faticamente dados.

Regras de transição ou de passagem

Estas decorrem dos problemas que surgem nos discursos práticos que não se resolvem através da argumentação prática como questões de fato dos discursos teóricos, problemas linguísticos dos discursos de análise de linguagem e problemas

da discussão prática dos discursos da teoria do discurso, quais sejam: para qualquer falante e em qualquer momento é possível passar a um discurso teórico (empírico), de análise da linguagem e de teoria do discurso.

Enfim, a utilidade dessas regras consiste em definir o seguinte:

(1) um ideal que pode ser cumprido por aproximação, são (2) um instrumento de crítica das limitações injustificáveis dos direitos e das possibilidades dos interlocutores e, com isso, (3) ao menos um critério hipotético e negativo sobre a correção ou verdade, e oferecem (4) uma explicação para a pretensão de correção ou verdade.⁸²

A teoria ou ética do discurso trata de descobrir, na realidade humana, potenciais de razões existentes. As regras dos discursos possuem universais teórico-argumentativos de todas as formas de vida humana. Contêm universais teórico-argumentativos. Em virtude do tabu, tradição ou não são eficazes na realidade⁸³.

Pode parecer vantajoso ao mais forte limitar-se aos rituais de dominação e ordens. Todavia, isto é insustentável, pois só se pode fundamentar uma validade hipotética de regras do discurso se existir um interesse de correção. Nesse, os argumentos não precisam ser bons, mas o decisivo é que se seja argumentado. E aqui se insere a **maximização da utilidade individual**, que antecede, respectivamente, o **interesse de correção e argumentação**. Assim, ainda que um elevado número de pessoas tenha interesse de correção, para os membros dominantes ou fortes **é mais vantajoso justificar o domínio** que usar a força⁸⁴.

1.4 OS FIOS VERMELHOS DA TEORIA DO DISCURSO DE ALEXY: A RACIONALIDADE, UNIVERSABILIDADE E PRETENSÃO DE CORREÇÃO

1.4.1 Racionalidade

A utilização do termo racionalidade é ampla nos diversos ramos do conhecimento. Trata-se da substantivação do predicado racional com o qual nós

⁸² ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 137.

⁸³ ALEXY, R. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106-107.

⁸⁴ Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

adjudicamos uma característica ou uma disposição (capacidade, patrimônio, competência). Desta maneira, designa-se aos convencimentos, argumentos, deliberações, ações, planos, estratégias ou também regulações institucionais (por exemplo, organizações) como racionais⁸⁵.

Alexy não equipara racionalidade à certeza absoluta, bem como tem regras que não se referem só a proposições lógicas, mas também ao comportamento do falante⁸⁶.

A racionalidade formal significa que, em um discurso sobre a validade ou aceitação de normas, as condições de um argumentar racional são satisfeitas. Essas representam em parte exigências de racionalidade, como isenção de contradição, consistência no uso dos predicativos, inteligibilidade lingüística; e, em parte, representam regras da neutralidade do discurso conforme visto no item anterior.

O critério da racionalidade procedimental decorre da relação necessária que existe entre o consentimento universal sob condições ideais (dos direitos livres e iguais de argumentação), os conceitos de correção e a validade moral. Devem ser consideradas corretas e assim válidas as normas que, num discurso ideal, podem ser julgadas corretas por todos.

Os que almejam a correção ou a continuidade de razões estão incumbidos de fundamentar e do ônus da argumentação, especialmente na crítica política às instituições constitucionais. Se o crítico não compreendeu as razões para essas instituições, então existe o perigo de que ele destrua uma instituição para a qual existam boas razões e que, dessa forma, não proporcione o desenvolvimento e sim o retrocesso⁸⁷.

A compreensão da racionalidade material como fundamental na legitimidade do Estado Constitucional Democrático significa uma manutenção do progresso e a condição para que as mudanças possam representar progresso. Somente na contemplação do desenvolvimento histórico das instituições de Direito Constitucional, segundo Kriele⁸⁸, por grandes períodos, é que é possível detectar a tendência no sentido da razão material. O poder histórico da racionalidade material

⁸⁵ BURKARD; PRECHET, 2008, S. 503.

⁸⁶ ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**, p. 177.

⁸⁷ KRIELE, M. **Introdução à teoria do estado – os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 60.

⁸⁸ Ibidem, p. 64.

repousa sobre o fato de que a verdade tem uma chance um tanto melhor de sucesso na dialética das lutas ideológicas e de interesses.

1.4.2 Universabilidade

No âmbito discursivo, há limitações das atuações de *comunidade restrita*, como a religiosa, quando não se consegue oferecer respostas às situações em que a própria validade da moralidade está em jogo. Neste contexto são inseridas questões de universabilidade.

O discurso prático, salienta Gavião Filho⁸⁹, não se identifica totalmente com discurso jurídico que tem que prestar contas às normas jurídicas dadas autoritativamente pela positivação do direito que contribuem na estrutura a formação de precedentes.

O conhecimento moral, sob ângulo das decisões judiciais, não se baseia exclusivamente na lógica subsuntiva dos casos às normas jurídicas. Se se quer justificar uma declaração normativa, então não mais se pode perguntar da derivabilidade de um princípio material supremo ou uma finalidade extrema porque não estão mais à disposição após o desmoronamento dos sistemas de orientação da razão substancial da tradição metafísica. A dação de leis da razão kantiana não segue o modelo hierárquico-legal do direito natural clássico, não formula uma lei extrema e não marca uma finalidade extrema. A concepção de Kant da autonomia da razão prática pura baseia conhecimento normativo no princípio da universalização e fundamenta a filosofia prática normativa moderna⁹⁰.

O princípio da universalização, ressaltou Kersting, não tem nenhum significado lógico, mas procedimental, pois ele transforma a justificação e legitimação de declarações normativas e leis positivas em uma função dos procedimentos que as revisam e regeneram argumentativamente. A pessoa está submetida à vinculatividade fundamentadora da liberdade procedimental e formal da

⁸⁹ GAVIÃO FILHO, A. P. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 143-144 e 172-173.

⁹⁰ KERSTING, W. **Liberdade bem-ordenada – filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant**. Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 42-43.

razão prática. Como lei fundamental da liberdade interna, a racionalidade universalista adquire a forma de imperativo categórico. Como lei fundamental da liberdade exterior, ela adquire, ao contrário, a forma de princípio de direito. Ele indica:

Cada atuação é justa, que, ou segundo sua máxima, a liberdade da arbitrariedade de cada um com a liberdade de cada um pode existir em conjunto segundo uma lei geral; o direito é, em conformidade, “a totalidade das condições sob as quais a arbitrariedade de um com a arbitrariedade do outro pode ser unida em conjunto segundo uma lei geral de liberdade.”⁹¹

No discurso prático geral, portanto, encontra-se a moral kantiana, que engloba a Ética e o Direito⁹². Kant diferenciou o imperativo hipotético do categórico com vista ao conceito de autonomia. O imperativo é um precedente que serve para atestar a sua própria capacidade de universalização, bem como pode ser transformado em princípio universalizável em uma situação de diálogo ideal⁹³.

Alexy defende que as regras de discurso retratem os universais teóricos discursivos das diversas formas de vida. Isso significa que a Teoria do Discurso busca descobrir na realidade humana potenciais de razão nela existentes, e nesse sentido elucida sobre a natureza do ser humano. Na Teoria do Discurso, ao clarear-se sobre a natureza do ser humano, pode ser inserida na tradição do direito natural, mas apenas nesse aspecto⁹⁴.

Também distingue entre princípio da universalização de Habermas e o princípio generalizante de Hare⁹⁵. Enquanto no primeiro uma norma que segue o

⁹¹ Ibidem, p. 44. KANT, I. **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre – Metaphysik der Sitten – Erster Teil**. Hamburg: Meiner, 1998, S. 39-40; **Fundamentação da metafísica dos costumes I**. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 37-38.

⁹² KANT, I. **Metaphysik Anfangsgründe der Tugendlehre – Metaphysik der Sitten Zweiter Teil**. Hamburg: Meiner, 1990, p. 379; **Metafísica dos costumes II – Princípios Metafísicos da doutrina da virtude**. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 13.

⁹³ Destacamos, entretanto, que o que imperativo categórico quer dizer e sua explicação é uma tarefa que não pode dar muitos contemporâneos uma informação precisa e razoavelmente profunda, segundo LUDWIG, R. **Kant fur Anfänger Der kategorische Imperativ Eine Lese-Einführung**. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1995, p. 2.

⁹⁴ ALEXY, R. Problemas da teoria do discurso. In: _____. **Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 111. Destaca que o somente nesse sentido há inserção na tradição do direito natural.

⁹⁵ ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 119-120. LEIVAS, P. L. G. **A correção e a fundamentação...**, p. 104, discorre acerca do princípio da generalização de Singer enunciado na seguinte forma: se ninguém deve agir ou ser tratado de um certo modo, então ninguém deve agir ou ser tratado daquele modo sem uma razão”, quer dizer se excluir alguém da classe de um direito, deve mostrar a alguma razão especial para exclusão.

princípio da universalização é aquela que todos podem querer, para o segundo é suficiente com que o indivíduo que julga aceite as consequências para cada um. Assim, uma norma que todos podem querer é aquela cujas consequências diretas ou indiretas para a satisfação das necessidades de qualquer indivíduo podem ser aceitas por todos.

Essas situações são a pedra de toque, segundo Ludwig⁹⁶, para a adoção de uma teoria discursiva, na qual se questionam as próprias bases morais da comunidade, a exigência de fundamentação e universalizabilidade⁹⁷ para as asserções normativas. E aqui mostra que é importante ter clareza e segurança na distinção entre **dimensões lógico-analítica, empírica** (onde ingressam as informações) e **normativa** é o não “regresso acrítico ao aristotelismo” ou a teorias do direito natural⁹⁸.

A universalidade não é o simples assentimento comum. Isto significa que há exigência na universalizabilidade das máximas individuais de conduta que interliga a racionalidade pragmática com a racionalidade inerente à pretensão de verdade. Quanto ao uso da palavra universal em relação a normas, é importante distinguir a qualidade de certos tipos de normas, que são ditas universais em oposição às normas individuais, por se aplicarem à totalidade de membros de uma classe.

Há, pois, uma diferença de qualidade, só havendo duas possibilidades lógicas: ou a norma é universal ou é individual. De maneira diversa, as normas podem distinguir-se também quanto à generalidade e ao seu oposto, que é a especialidade; a diferença, nesse caso, é de grau e não de qualidade⁹⁹.

1.4.3 Pretensão de correção

Difícil falar sobre uma questão normativa concreta e, portanto, sobre o que está ordenado, proibido ou permitido juridicamente, sem interpretação, que está

⁹⁶ LUDWIG, J. R., 2014, p. 196.

⁹⁷ LUDWIG, J. R., 2014, p. 153, registra o princípio da universalizabilidade, que pode ser lido de modo equivalente ao princípio do poder legislador, da seguinte maneira: PU: Uma norma pode, em um discurso, somente então encontrar aprovação universal quando as consequências de seu cumprimento geral para a satisfação dos interesses de cada particular podem, em virtude de argumentos, ser aceitas por todos.

⁹⁸ LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 144 e 345.

⁹⁹ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 83. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 87.

unida em definitivo com a argumentação. A interpretação é argumentação e tem caráter de discurso. Toda interpretação coloca uma pretensão de correção, então toda pretensão pretende ser correta, *o uso público da razão se torna possível*¹⁰⁰.

A racionalidade do discurso não pode ser alcançada apenas com o consenso porque nem sempre resulta uma situação ideal de discurso racional, de pragmática universal, como no caso de consensos obtidos por manipulação psicológica. Nesse universo prático, muitas vezes do “provável e do opinável”¹⁰¹ instala-se a pretensão de correção, que se argumenta com uma razão nem absoluta nem totalitária. Isso significa que nem se busca um saber absoluto, ou seja, uma razão que trazida como finita, embora movida por ideia regulativa, que compatibiliza elementos racionais ideais com os fáticos institucionalizados que conduz a convivência entre razão e autoridade.

O Direito¹⁰² promove, necessariamente, uma pretensão de correção, isto significa que afirma uma correção, garante uma justificação e pretende que todos os destinatários vão aceitar uma decisão judicial. Que deve ter uma interpretação jurídica que seja justificada de modo abrangente, ou seja, de acordo com a lei e a justiça.

O argumento de pretensão de correção pressupõe a tese de vinculação (*Verbindungsthese*)¹⁰³ necessária entre o conceito de Direito e moralidade, configurando uma manifestação de uma tese não positivista, ou seja, nega a existência de uma conexão necessária entre o ordenado pelo Direito e o exigido pela moralidade, pois o conceito de Direito restringe-se ao dado autoritativamente com eficácia social. Essa é tese da separação (*Trennungsthese*) e exemplifica-se com afirmação de Kelsen que “pode cada conteúdo qualquer ser Direito”.

O posicionamento não positivista de Alexy, isto é, a não separação do direito e a moral é muito clara com a inserção da suspensão de validade na hipótese de extrema injustiça e a distinção conforme se refere a normas individuais, ou sistemas inteiros. Mas, antes de diferenciá-las, devemos registrar que Alexy constata que:

¹⁰⁰ GAVIÃO FILHO, A. P. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**, p. 193.

¹⁰¹ LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada**, p. 159.

¹⁰² O Direito implica na necessidade de três procedimentos: a criação do direito, a argumentação jurídica e o processo judicial. Na criação do Direito, para uma mesma questão particular, várias proposições normativas são possíveis. Assim, foi colocada a necessidade de uma teoria de argumentação jurídica para dar conta que uma proposição normativa seja acompanhada das melhores razões e ser mais bem justificada racionalmente.

¹⁰³ ALEXY *apud* GAVIÃO FILHO, A. P., p. 153.

A aplicação do argumento da injustiça a um sistema jurídico como um todo não traz consequências que vão além daquelas de sua aplicação a normas individuais ¹⁰⁴

Nos sistemas inteiros há dois tipos de relação entre direito em moral: um, a qualificatória, quando um sistema jurídico qualifica-se como defeituoso porque levanta uma pretensão de correção e não a satisfaz; dois, a definitiva, quando o sistema sequer levanta a pretensão de correção.

As normas individuais que não satisfazem a pretensão de correção, embora defeituosa, constituem direito juridicamente válido ¹⁰⁵. Adverte nestas normas, inclusive no tipo decisão judicial, que a pretensão de correção joga apenas um papel qualificativo, à medida que aquelas normas individuais são juridicamente defeituosas quando não têm ou não satisfazem a pretensão de correção.

O limite é dado na fórmula abreviada de Radbruch: “antijuridicidade extrema não é direito” ¹⁰⁶. Isto é, a injustiça gritante elimina a validade jurídica, que indica a fronteira da obediência ao direito na perspectiva do participante (cidadão ou funcionário público), isto é, “a perspectiva do participante ocupa que em um sistema jurídico” “pergunta o que é segundo esse sistema jurídico, a resposta correta a uma questão jurídica”. Assim, a pergunta de qual a resposta correta é feita dentro do sistema ¹⁰⁷.

A exclusão e o abarcamento do limite moral extremo não podem ser fundamentados sobre uma necessidade conceitual, somente sobre uma necessidade normativa. O argumento da extrema injustiça sob a perspectiva do participante não anula a necessidade de demonstrar a destruição da hierarquia de primazias *prima facie*, nos princípios e nas regras, nas possíveis associações de normas de direito fundamental, pois princípios contêm mandamentos apenas *prima*

¹⁰⁴ ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**, p. 83. Refere-se aos esclarecimentos acerca da inaplicabilidade da tese da irradiação (falta de caráter jurídico irradia para todo sistema) e da tese do colapso (sistema jurídico se torna injusto em termos globais).

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Recht und Moral*. In: HÄRLE, Wilfried; PREUL, Reiner (Hg.). **Ethik und Recht**, Marburger Jahrbuch Theologie, XIV, N.G. Elwert, 2002, S. 83-91 *apud* LUDWIG, 2014, p. 342. O jurista brasileiro adverte que não houve no abandono do conceito semântico de norma, apesar de que, pelo menos num determinado limite, a validade da norma de direito estaria fulminada por considerações quanto ao seu conteúdo.

¹⁰⁶ ALEXY, R. **Direito e moral**. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119.

¹⁰⁷ ALEXY, R. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: VÁZQUEZ, R. (org.). **Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo**. Barcelona: Gedisa Editorial, mar. 1998, p. 128 *apud* LUDWIG, 2014, p. 342; ALEXY, R. **Direito e moral**. In HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**, p. 119.

facie e para valer definitivamente dependem do exame de possibilidades fáticas e jurídicas, contribuem para inserção da ponderação com princípios contrários; as regras têm caráter *prima facie* forte porque têm determinações jurídicas e fáticas.

Alexy¹⁰⁸, portanto, ressaltando que a perspectiva do participante o argumento basilar é o da correção que sustenta os da injustiça e dos princípios, dividiu da seguinte forma:

- Perspectiva do observador: normas individuais e sistemas jurídicos.
- Perspectiva do participante: o argumento da correção; o argumento da injustiça que subdividido em normas individuais (argumentos linguísticos, clareza, efetividade, segurança jurídica, relativismo, democracia, inutilidade e honestidade) e sistema jurídico (tese da irradiação e tese do colapso); e argumento dos princípios que avalia as teses da incorporação, moral e correção.

Este trabalho, apesar de situar-se em apenas três argumentos, está, intimamente, ligado aos argumentos da correção, da injustiça, da segurança jurídica, relativismo, democracia, direitos humanos e os argumentos da autonomia, do consenso e da democracia.

1.4.3.1 A correção da injustiça: normas moralmente incorreta e extremamente injustas

A argumentação no âmbito dos direitos fundamentais só pode ser desenvolvida no direito e isso significa vincular aos elementos do direito, que são a legalidade em conformidade com o ordenamento; a eficácia social; e a correção quanto ao conteúdo. A grande questão é se o direito deve ser definido pela união de um modo ou outro entre a eficácia social e decretação de acordo de ordem para correção moral¹⁰⁹.

¹⁰⁸ ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**, p. 33-100.

¹⁰⁹ ALEXY, R. **Direito e moral**. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

O argumento da injustiça ocupa lugar central na teoria do direito de Alexy e na sua tomada de posição em face do positivismo, bem como em consistência, relevância e alcance do discurso e efetividade no discurso jurídico. Justiça é compreendida como “correção em referência à distribuição e compensação, e questões de justiça são questões morais”¹¹⁰. A ideia mediadora da justiça entre a correção no nível do direito envolve segurança jurídica, enquanto na moral ou ideal pode ser mais amplo.¹¹¹

Alexy, ao ultrapassar a fórmula Radbruch, demarcou o limite entre uma norma apenas defeituosa (injusta, moralmente incorreta, mas válida) e uma norma carente de validade (extremamente injusta e por isso inválida)¹¹², que versa sobre a relação entre o conceito de direito e a sua validade, ou seja, entre questões de semântica e de validade.

Entretanto, a adoção da fórmula não abandona a técnica com estrutura analítica, em especial, relacionada à lógica deontica e à dimensão pragmática da linguagem. Todo direito não está na lei, temos que derivar; ele é uma linguagem guiada por regras e por isso há de ser consequente; e isso depende frente aos chamarizes que reclamam do enfrentamento das mesmas questões diretamente no plano ôntico e da lógica tradicional.

Esse limite, como um limite ideal para o direito enquanto instituição, não resolve todas as pendências porque aquela sofre muitas críticas no campo penal porque pode, em tese, levar à quebra de princípios resultantes de conquistas da modernidade, como os da legalidade, tipicidade e irretroatividade das normas penais.

Há uma reestruturação, portanto, em termos de suspensão da validade na hipótese de extrema injustiça, vinculando o direito e a moral, isto é, não positivista. A distinção entre dimensões lógico-analítica, empírica (onde ingressam as informações trazidas pelas ciências referidas) e normativa é uma proteção das perplexidades às quais não estão imunes tentativas de regresso acrítico a teorias do direito natural, ou que onticamente se apoiam na chamada natureza das coisas.

¹¹⁰ ALEXY, R. A institucionalização da razão. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**, p. 19-40.

¹¹¹ ALEXY, R. **Direito e moral**, p. 122; LUDWIG, J. R., p. 349.

¹¹² Na doutrina clássica não se considerava a distinção lei injusta extremamente injusta porque não tinha preocupação prática, mas apenas conceitual. Cfr. VIGO, R. L. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 281.

1.4.3.2 Proibição da insuficiência na proteção do estado aos direitos fundamentais

O alargamento do conteúdo dos direitos fundamentais, na dogmática, é um caminho necessário em democracias que almejam se enraizar constitucionalmente. Na sociedade contemporânea, conforme discorre Baltazar Junior¹¹³, as fontes de agressão aos direitos fundamentais não provêm somente do estado. Respostas inadequadas agressões também são originadas nos centros de poder não estatais, e por esta razão os direitos fundamentais passam a desempenhar também a função de defesa contra ameaça e agressões.

O princípio da proporcionalidade estrutura, e por isto é imprescindível, a doutrina da insuficiência de critérios materiais na determinação do conceito dos direitos fundamentais. Assim, as formas de argumentação são três: (1) como proibição de excesso na intervenção de direitos fundamentais; (2) como proibição de insuficiência nos direitos de proteção; e (3) como barreira em direitos de igualdade.

Evidentes temores e resistências com a expansão dos direitos fundamentais (hiperconstitucionalização), como se fosse muito tranquilo passar do parlamento ao tribunal constitucional, são comuns na proporcionalidade como proibição de insuficiência nos deveres de proteção de direitos fundamentais. Esta posição, concretamente, reduz direitos fundamentais causando muitas vezes situações injustas.

No entanto, o próprio Alexy apresenta a terceira via que é estruturar adequadamente a operação com os deveres de proteção e aponta que não é um retrocesso ao estado liberal tampouco a superdeterminação de todo o direito infraconstitucional pela constituição.¹¹⁴

As particularidades desse modelo podem ser vistas em Lothar Michael, enquanto as aplicações no direito brasileiro e alemão são destacadas por Baltazar Junior conforme mencionaremos. No entanto, antes, devemos registrar que não há propostas de trocar a ponderação legislativa pelas ponderações de grupos com

¹¹³ BALTAZAR JUNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência (“Untermassverbot”). In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014. p. 74. Nas p. 81-88 o jurista brasileiro apresenta as críticas da proibição de insuficiência, destacando a autonomia da proibição de insuficiência frente à proibição de excesso e a compatibilidade entre proibição de insuficiência e proibição de excesso.

¹¹⁴ ALEXY, R. *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*. In: SIECKMANN, J.-R. (Hrsg.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 105-121, S. 452 *apud* LUDWIG, J. R., 2014, p. 452.

pensamentos contrários; o tribunal poderá apontar as insuficientes medidas sem pretender impor uma norma nova.

As nuances apontadas por Lothar Michael¹¹⁵ podem ser resumidas da seguinte maneira: (1) consideração limitada do meio e da finalidade: exame da proporcionalidade do meio de proteção demonstraria somente sua possibilidade jurídico-constitucional, mas não sua ordenação; a finalidade desenvolve a proteção jurídico-fundamental perante o indivíduo e também da totalidade dos cidadãos, assim como com os interesses colidentes com a proteção; (2) idoneidade: examina-se se o meio eleito pelo legislador é idôneo para servir à finalidade da proteção ou a outras finalidades (opostas); (3) efetividade ao invés de necessidade: examinam-se outros meios mais efetivos na proteção e que não interfiram mais gravemente em direitos de terceiros ou em outras finalidades; e (4) conveniência da proteção: examina-se se os meios eleitos pelo legislador são suficientes quanto à densidade de controle, a pergunta pela prognose de qual proteção oferece medidas estatais; o objetivo é eliminar restrições insuportáveis.

Baltazar Junior¹¹⁶ frisa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha derivou da Lei Fundamental a existência de um dever geral de proteção dos direitos fundamentais. A decisão (BVerfGE, 39, I ff) que serviu de ponto de partida foi sobre o aborto de 1975 e o retorno ou atualização do tema foi em 1993 para considerar os bens jurídicos em colisão e a necessidade de que o conceito de proteção combine medidas preventivas e repressivas.

Na jurisprudência brasileira há aceitação, apesar da terminologia vacilante e da admitida a expressão “proibição de proteção deficiente”, merece destaque a decisão (STF, ADC 19/DF) que afirmou a constitucionalidade da Lei Maria da Penha no que se referia a determinação aos Estados à implantação de varas especializadas em violência contra a mulher.

¹¹⁵ MICHAEL, L. As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 196-199.

¹¹⁶ BALTAZAR JUNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência (“Untermassverbot”). In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 78-81.

1.4.3.3 A centralidade da dignidade humana e a compatibilidade com conteúdo objetivo dos direitos fundamentais

Alhures, destacamos que a dignidade humana e os direitos fundamentais estão, indubitavelmente, relacionados. O conteúdo essencial de um direito fundamental não tem que ser idêntico ao conteúdo da dignidade humana.¹¹⁷ Também é tranquilo perceber, conforme demonstra Baltazar Junior¹¹⁸, que a dignidade da pessoa humana é compatível e ao mesmo tempo complementar com o conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, sendo que a dignidade da pessoa humana ocupa um papel central nos direitos constitucionais.

Kant, o principal instituidor teórico da dignidade da pessoa humana, formula o pensamento considerando que não se deve mesmo fazer presente cada lei jurídica de mola propulsora da atuação, pois essa é somente uma “possibilidade de coerção exterior”. Neste sentido deve ser inserida a formulação kantiana:

Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, a qualquer tempo simultaneamente como finalidade e nunca simplesmente como meio¹¹⁹.

A dignidade humana, portanto, enlaça a autonomia (liberdade) necessariamente. O conceito de liberdade é central para autonomia porque é um atributo de todo o ser racional dotado de vontade. Todo o ser racional existe como fim em si mesmo, não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.¹²⁰

Importante ponto, para este trabalho, é que uma intromissão nos direitos fundamentais não significa, necessariamente, uma lesão. Todavia, uma intromissão na dignidade da pessoa humana significa uma lesão, quando não justificada, e nesse sentido tem caráter de regra.¹²¹

¹¹⁷ SANTOS, T. M. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 87.

¹¹⁸ BALTAZAR JUNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência (“Untermassverbot”). In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**, p. 88.

¹¹⁹ KANT, I. **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre – Metaphysik der Sitten – Erster Teil**. Hamburg: Meiner, 1998, s 40-41; na versão portuguesa **Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito – Parte I**. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 38-39.

¹²⁰ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1986, p. 68.

¹²¹ ALEXY, R. **Cuadernos de filosofía del derecho**. Alicante: Doxa, n. 24, p. 678, 2001.

1.4.3.4 Problemas e limites do discurso prático racional geral

Na transposição do discurso prático geral, que versa correção de proposições normativas, para o discurso jurídico são detectadas limitações do discurso prático geral. No entanto, há problemas que são colocados em todas as formas de discursos, como os de status e de utilidade; enquanto que nos problemas de fundamentação, que refere a regras e princípios do discurso, não incide e abrange o universo total discursivo. Alexy trata apenas dos discursos práticos¹²².

No problema sobre *status* se discute a relação de conceitos de verdade e de correção como consenso, da discussão ilimitada e racionalidade. No problema sobre a utilidade, buscam-se respostas a objeções de que a teoria do discurso seria vazia de conteúdo e meramente formal, o que não levaria a um resultado definitivo; sendo que a incerteza não implica imprestabilidade.

O caráter absoluto do conceito de correção (uma resposta correta para cada pergunta) não deve ser descartado em face da ideia regulativa, que pressupõe que esteja dada, de antemão, uma única resposta correta para cada pergunta, como um objetivo a ser aspirado¹²³.

Porém, Ludwig¹²⁴ afirma que Alexy, sem dúvida, defende uma relativização do conceito de correção e o direciona aos discursos práticos reais e ocorre em relação a quatro aspectos: regras do discurso; medida de seu cumprimento; participantes; e tempo.

As modalidades discursivas, apresentadas por Alexy no discurso real, são as discursivamente necessárias, impossíveis e possíveis. Esta divisão consagra a superação kelseana ao considerar que o conteúdo normativo que se coloque como direito pode ser corrigido com conceitos morais.

No âmbito da teoria do estado e da política também se aproveitam os instrumentos oferecidos pela própria teoria que a sustenta, como a correta observância dos passos procedimentais do princípio da proporcionalidade, a atenção à dogmática dos espaços, a adequada atribuição dos pesos na ponderação – guiada pela fórmula peso – e, ainda, a inserção de princípios formais na ponderação.

¹²² ALEXY, R. **Problemas da teoria do discurso**, p. 87.

¹²³ ALEXY, R. Problemas da teoria do discurso. In: **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 94-97.

¹²⁴ LUDWIG, J. R. p. 339; ALEXY, R. **Problemas da teoria do discurso**, p. 98.

A fórmula peso é bastante para demonstrar que, se existe uma dificuldade na ponderação, não quer dizer que ela deva ser evitada, mesmo porque ela não pode ser desconsiderada. Essa fórmula contribui para uma explicitação das variáveis a serem empregadas e das suas relações¹²⁵.

1.5 LEGITIMAÇÃO FUNCIONAL DA MAIORIA: A BUSCA PELA CONCRETIZAÇÃO DA LIBERDADE E IGUALDADE

A teoria política ou do estado é questionada sobre a legitimidade da própria atuação pela teoria do discurso com regras de razão prática na atividade jurídica. Os reflexos dessa atividade não podem ser desprezados ante o impacto sobre a estrutura jurídico-política estatal, pois a razão política almeja melhores condições para a concretização da liberdade e igualdade, que são argumentações *pontos de partida para* a teoria do discurso de Alexy.

O jurista aprende que a jurisprudência da mais alta instância judiciária não lhe é obrigatória porque ele pode divergir, mas somente quando examinar as suas razões; aqueles que querem corrigi-la ou continuar a aplicá-la estão incumbidos da obrigação de fundamentação e do ônus da argumentação.

Se o crítico não compreendeu as razões para essas instituições, então existe o perigo de que ele destrua uma instituição para a qual existam boas razões e que, dessa forma, não proporcione o desenvolvimento e sim o retrocesso¹²⁶. O conteúdo normativo das instituições legítimas é melhor perceptível sob a lente da história das lutas ideológicas. Tanto é assim que, para reconhecer que razões não prevaleceram, deve-se, primeiro, conhecer e examinar as razões que foram implementadas pelas perspectivas institucionais e constitucionais e, após, demonstrar que tais razões carecem de plausibilidade e constituem apenas *razões ideológicas simuladas ou pretextos inconscientes*.

A visualização de que o círculo de legitimação democrático é um processo de justificação contínuo e que pressupõe que se possa chegar à verdade por meio de

¹²⁵ OLIVEIRA, J. A. A injustiça extrema e o conceito de direito. In: **Princípios formais e outros aspectos da Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

¹²⁶ KRIELE, M. **Introdução à teoria do estado – os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Porto Alegre: SAFE, 2009, p. 60.

uma discussão aberta e pública. Kriele¹²⁷, nesse contexto, defende que a vocação do espaço político-democrático à realização direcionada da democracia é parlamentar, pois essa eleva a probabilidade de racionalidade pelo processo com a justificativa da regra da maioria.

Nessa circunstância, a direção é da justificação material ou axiológica, que pode se sujeitar às objeções da legislação. Entretanto, Hesse¹²⁸, sem tantas pressuposições controversas, argumenta com princípio funcional da maioria, advertindo que o clamor de legitimidade superior para encontrar a legalidade sempre tem aspirações totalitárias.

Há evidência, mais uma vez, de que a **representação argumentativa pressupõe que a unidade do Estado não esteja alicerçada ou se confunda com uma concepção material**, nem esteja diluída em uma totalidade não funcional. Se o pensamento não for nesse sentido prejudicaria, no mínimo, o indivíduo ou algum grupo minoritário que sustentasse algum argumento divergente dessa concepção.

O **movimento de legitimação racional da democracia passa pelo constitucionalismo** que, apesar das diferenças em diversos países, interliga direitos fundamentais e limitação de poder, atualizando os conceitos de democracia e representação. O conceito de representação passou de estamentos ou grupos sociais identificados e, modernamente, a representação é uma coletividade global (nação ou o povo). A jurisdição constitucional bifurca a teoria política em direitos fundamentais e democracia.

A solidificação da compatibilidade entre direitos fundamentais deve-se, em especial, porque a democracia, como forma de racionalização do processo político, foi motivada pela publicidade da direção das vontades, pela permissão de participação ativa na formação da vontade do Estado e pelo motivo mais importante, que é a limitação do poder estatal, isto é, proteger decisões que a Constituição tomou como sendo aquilo que não pode ficar em aberto para dentro do tempo¹²⁹ e, portanto, não pode ficar exposto às oscilações do jogo político e às vicissitudes da formação da maioria democrática; nisso consiste a função estabilizadora da Constituição¹³⁰.

¹²⁷ KRIELE, op. cit., p. 319.

¹²⁸ HESSE, 1998, p. 123 ss; 164-165.

¹²⁹ HESSE, 1998, p. 40.

¹³⁰ Também interliga essa função a outras como a unidade política, as faculdades e controle dos poderes estatais também na preservação contra abuso advindos desses e em tudo que assegura a liberdade individual caracterizam a peculiaridade da Constituição (HESSE, 1998, n. de margem 31, p. 42-43).

Nessa função, a Constituição, para se fortalecer legitimamente, **há de ser uma possibilidade de reger a coletividade para o futuro, abrindo certas questões para o tempo** porque os seres humanos são marcados pela finitude e pela historicidade, que fundamenta a temporalidade do ser.

A regulação constitucional, portanto, de matérias que devem ser determinadas foi entendida por Kelsen como a ideia de quadro e que Alexy aperfeiçoou com a teoria dos espaços (*Spielräume*) que harmoniza duas ideias de Constituição a ordem jurídica fundamental da comunidade na qual há decisão de questões fundamentais, e o que a constituição deixa em aberto¹³¹. Assim, são deixadas abertas, conscientemente, certas questões para discussão, decisão e configuração, e ao legislador coube fazer, com primazia, tal configuração.

1.5.1 Uso da razão pública e a representação argumentativa

Considerando o apresentado até o momento, podemos afirmar que um interesse para se tornar **argumento** tem, sucessivamente, passar **pela interpretação, pretensão de correção e verificação pública**.

A ideia de razão pública é inseparável do ideal de cidadania democrática, pois o poder político democrático não é mais que o poder dos cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo. O exercício do poder político é legitimado, no liberalismo político, quando exercido de acordo com uma constituição cujos pontos essenciais são consensuais para todos os cidadãos.

Isso significa que o ideal de cidadania impõe um dever moral a cada cidadão de explicar ao outro o sentido da sua posição sobre as questões fundamentais da ação política. Sob esse aspecto, a ideia de razão pública e do seu papel na deliberação sobre questões políticas fundamentais rejeita a ideia corrente de que o voto é uma questão privada ou pessoal. Distancia-se da concepção que define a democracia apenas pelo governo da maioria, bem como que a maioria tem amplos poderes e pode fazer o que quiser, pois nessa não deixa falar o dever ético da civilidade e não respeita os limites da razão pública em assuntos que são essenciais ao Estado Democrático Constitucional.

¹³¹ Sobre a teoria do espaço ALEXY, R. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Separata de la **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 22, n. 66, septiembre-diciembre 2002, e **Constitucionalismo discursivo**, p. 71-92; LUDWIG, 2014, p. 537-540.

A defesa da necessidade de espaço público para exposição de ideias e averiguação pública, a fim de exercício pleno da liberdade ou da razão pública, contrapõe-se ao senso comum. A liberdade, em quaisquer de suas expressões, é uma fabulação se não houver a pretensão de ser universalizada.

A associação com o conceito de *sensus communis*, que não é conhecimento sedimentado ou internalizado, pode ser envolvida por concepção negativa no sentido de que o indivíduo possa, supostamente, transgredir tudo o que é intolerante e sedimentado na forma compartilhada de viver, por meio de sua capacidade de raciocinar.

O entendimento atomístico da sociedade no qual nos consideram átomos livres flutuantes vivendo sós nesse mundo é rebatido fortemente. O exemplo clássico é a queda do socialismo que, apesar do poder da influência na opinião e na crença do povo, o governo não foi onipotente; no socialismo prefere-se reforçar a heteronomia no domínio público e desencorajamento de pessoas a pensar por si mesmas.

A conscientização promovida pela hermenêutica, que considera a finitude do ser humano e sua historicidade, reafirma o espaço da argumentação contra o preconceito, um legado do esclarecimento, que tem como lema *a coragem para servir o próprio entendimento*; é uma convocação para o uso da própria razão no espaço público e de forma pública.

A contextualização social e histórica da argumentação na razão pública está na origem do conceito de representação argumentativa. Essa, no âmbito da jurisdição constitucional, tem grande responsabilidade e tem limitações, como conhecer a autoridade do material jurídico dado (institucionalizado).

Por essa razão, o desfecho da representação argumentativa deve ser na seara do direito, o que implica ter validade (sociológica, ética e jurídica) correspondente e sempre condicionada aos elementos do direito (legalidade em conformidade com o ordenamento; a eficácia social, e a correção quanto ao conteúdo) que retomaremos ao apresentarmos o conceito de direito.

Isso equivale que no tribunal constitucional não poderá, em qualquer momento, na interpretação, haver remissão direta à moralidade para corrigir o direito, bem como fazer a derivação direta e intuitiva de regras concretas a partir de conceitos constitucionais abstratos pelo recurso direto a uma ordem de valores objetiva e também não poderá simplesmente curvar-se à facticidade ou à mera

autoridade do material dado em detrimento da moralidade na qual deitam raízes os direitos fundamentais.

1.5.2 Impossibilidade de discursos ideais

Alexy proclamou através de sua teoria que as decisões dos juízes devem basear-se em argumentações racionais e que devem empregar critérios da razão prática¹³², que não significa que seja uma teoria da legitimidade das decisões judiciais. Na teoria dos direitos fundamentais o sentido é para casos específicos, para desempenhos estruturais.

A jurisdição constitucional é fortalecida com a representação argumentativa não pura. Isto significa que precisa de condições reais que são **peçoas racionais interessadas e que o tribunal constitucional seja aceito como instância de reflexão do processo político**. Assim, se processo de reflexão entre o público, dador de lei e o tribunal for duradouro, há uma institucionalização de bons resultados aos direitos fundamentais no estado constitucional democrático¹³³.

A tese do caso especial e o modelo procedimental de quatro níveis (o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial)¹³⁴ demonstram que o discurso e o direito são necessidades recíprocas, pois o preço que se paga pela teoria do discurso não há garantia quanto ao resultado, daí a necessidade da teoria moral na teoria do direito.

O objeto da teoria da argumentação jurídica, segundo Alexy¹³⁵, é o aprofundamento de um procedimento que assegure a aplicação do direito. Nesse sentido, apresentou quatro postulados de racionalidade prática procedimental – máxima clareza conceitual-idiomática; uma medida máxima de ser informado empiricamente; uma medida máxima de generabilidade; e uma medida máxima de liberdade de pré-juízos – que são exigências de caráter ideal.

¹³² ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica**, p. 19.

¹³³ ALEXY, R. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54.

¹³⁴ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 529; **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 548.

¹³⁵ ALEXY, R. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 174-175.

A razão prática não é algo que é realizado na medida do tudo ou nada, perfeita ou não realizada, pois é realizável por aproximação e não exige uma correção definitiva e sim uma relativa¹³⁶.

Ludwig, com base em Klatt, enfatiza que não contata defesa ideológica de uma posição política ou interesse particular e, sim, uma teoria abrangente com bases filosóficas sólidas, no seguinte trecho:

Discursos ideais, isto é, discursos que são perfeitos em todos os aspectos, não podem, contudo, ser realizados no mundo real por pessoas reais. Insistir na realização de exigências ideais como uma condição para a legitimidade democrática tornaria inalcançável a legitimidade democrática.¹³⁷

Alexy mostrou carências na proposta de “nova retórica”¹³⁸. Denominou de persuasiva uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional.

1.5.3 Necessidade e desempenho do direito: tese do caso especial e a normatividade

O direito não pode abrir mão de sua natureza prática, ou melhor, a pretensão de ser prático, e da conexão com elementos morais ideais¹³⁹. Nessa condição prática, há dois requisitos inseparáveis: a tese do caso especial que examina a

¹³⁶ Ibidem, p. 174-175.

¹³⁷ KLATT, M. (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 291-306 *apud* LUDWIG, 2014, p. 307.

¹³⁸ Mencionamos acima sobre a proposta de “nova retórica” e sinalizamos as imprecisões. Foi percebida uma carência importante para uma teoria racional da argumentação ALEXY, R. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**, p. 164-165, devidamente registradas em LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão em Robert Alexy**, 2014, p. 122. Pois, “atribuiu ao destinatário a determinação da qualidade da argumentação ou como persuasiva ou como convincente, na medida em que o sucesso do argumento é parâmetro para a escolha dentre tipos de argumentação possíveis. Nisso podemos detectar uma petição de princípio, já que a diferença entre persuadir e convencer estava sendo buscada justamente na natureza da argumentação utilizada e não no resultado. Ao final, resta pacificado que da natureza do auditório as espécies de argumentos podem ter sucesso.

¹³⁹ Ideia regulativa não tem seu valor mensurável pelo contraste com o grau em que a realidade a alcança, expressa seu objetivo ou ponto final. Apesar das limitações, o discurso real está enlaçado conceitualmente com o ideal, pois quem tenta convencer um oponente com argumentos, pressupõe que esse, sob condições ideais, deveria aprovar. O discurso ideal, como ideia regulativa, e a pretensão de correção são dois lados de uma matéria Cfr. ALEXY, R. *Minha filosofia do direito a institucionalização da razão. Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 28.

relação entre direito e o restante do universo, bem como sedimenta a abertura para a ponderação e a normatividade.

Na teoria do discurso, Alexy demonstra a necessidade do direito e o seu desempenho. Assim, ao direito é incumbido decidir aquilo que, dentro do largo universo do discursivamente possível (pretensão de correção aos conteúdos possíveis de direito), o que é de fato, é devido¹⁴⁰, enquanto em relação ao desempenho do direito é explicado pela tese do caso especial.

Essa defende que as discussões jurídicas referem-se a questões práticas, debatidas do ponto de vista da pretensão de correção em condições limitadas. Ou seja, a exigência não é apenas para que seja em si racional, é bem mais amplo, só podem ser racionalmente fundamentadas no quadro da ordem normativa vigente. Assim, há justificação interna, simples verificação da relação lógica entre as premissas e a decisão tomada a modo de conclusão; e também há a justificação externa que examina a correção das próprias premissas.

A coerência¹⁴¹ da teoria do caso especial ganha perspectiva em, pelo menos, duas situações. A primeira, na argumentação jurídica, que como caso especial do discurso prático geral tem várias condições limitadoras que são definidas, abreviadamente, como vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. A segunda, na interpelação dos direitos fundamentais como resultado da teoria da argumentação jurídica, sempre expressões deônticas clássicas¹⁴².

A tese do caso especial, ao considerar possível a argumentação jurídica somente se aceitar o discurso racional ou pelo menos a condições ideais de discurso, exige que não se faça ciência com casos práticos, que Alexy adverte da seguinte forma:

As partes e seus advogados plantam com suas intervenções uma pretensão de correção, ainda que só persigam interesses subjetivos. O que expõe como razões em favor de uma determinada decisão poderiam, pelo menos

¹⁴⁰ ALEXY, 2011b, p. 9-10.

¹⁴¹ Ludwig examina, paulatinamente, as objeções ao cerne da tese do caso especial, que é a fundamentação racional só dentro do quadro da ordem vigente. Dentre essas, há de Klaus Günther, que gerou esclarecimentos e respostas de Alexy ao reconhecer a existência da distinção entre fundamentação e aplicação de uma parte, e também entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, de outra, mas negou que no discurso de fundamentação falte necessariamente a dimensão da aplicação (LUDWIG, 2014, p. 208-233).

¹⁴² As modalidades de expressões deônticas clássicas são as com os verbos “poder” (no sentido de estar permitido), “dever” (no sentido de estar ordenado) e de “não poder” (no sentido de estar proibido).

em princípio, estar incluído em tratado de Ciência de Direito. Não é infrequente, sobretudo em procedimentos diante de Cortes Superiores, que as fundamentações procedam de discussões científicas. Ademais, os argumentos formulados perante o tribunal são acolhidos na fundamentação judicial comumente, e resulta difícil que ela se situe sob a pretensão de correção.¹⁴³

Portanto, para que se examinem casos práticos, ou formação argumentativa de casos jurídicos, a direção do processo judicial não é de mera perseguição de interesses (religiosos, políticos, etc.) com as respectivas ações e estratégicas.

Passamos ao segundo requisito na pretensão do direito de ser prático, a normatividade. A ciência tem como tarefa afirmar e corrigir raciocínio e, nessa esteira, uma ciência normativa também significa poder aperfeiçoar e prever consequências, isto é, ser responsável. Também, segundo Ludwig, no conceito de filosofia em geral se podem identificar as características da normatividade e reflexividade, pois ambas são interconectadas¹⁴⁴.

A evolução do conceito de normatividade teve como expoentes a teoria pura, o positivismo e a superação deste e da lógica jurídica puramente dedutiva. A deonticidade do juízo normativo resulta no desacoplamento do juízo sociológico ou da mera análise da linguagem, possibilitando visualizar um sistema jurídico resultante do encadeamento de atos jurídicos, numa lógica de dimensão pragmática e argumentativa e não de lógica jurídica dedutiva, ou da tradicional. Nesse contexto, a filosofia do direito e do Estado são colocadas como normativas.

A teoria alexyna é procedimental e estrutural. Há investigação da estrutura dos conceitos de direito fundamental, sua influência no sistema jurídico e a fundamentação dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de ser desenvolver o conceito semântico de norma¹⁴⁵ e a dimensão pragmática da linguagem. Uma proposição normativa consistirá numa proposição deôntica. Isto é, se uma

¹⁴³ ALEXY, 1997b, op. cit., tradução livre, p. 212.

¹⁴⁴ Diz Alexy: "Refletir sobre aquilo que há, que deve ser feito e é bom, e sobre como nós o podemos conhecer significa perguntar por, e aduzir razões para, aquilo que existe objetivamente, o que é verdade ou correto e o que é justificado. Quando se define normatividade como a capacidade de diferenciar aquilo que é certo do que é errado, então estas questões são questões normativas. Filosofia enquanto empreendimento reflexivo tem, por isso, necessariamente uma dimensão normativa." (Cfr. ALEXY, Robert. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et al. (Hrsg.). ***Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert***. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 11-25, S. 13 *apud* LUDWIG, 2014, p. 258).

¹⁴⁵ Ressalta que "uma norma é o significado de uma proposição normativa [...]", o que possibilita distinguir entre a norma propriamente dita (*Norm*) e a proposição normativa (*Normsatz*) (ALEXY, 1997a, op. cit., p. 49-50, e 52 e ss). Frequentemente se traduz *Satz* por enunciado, de modo que *Normsatz* equivaleria a enunciado normativo, o que ocorre tanto no português como no espanhol.

proposição qualquer contém uma norma, é preciso verificar o contexto e identificar uma entidade semântica, ou seja, um conteúdo de significado que inclua uma modalidade deôntica que, assim, a estructure como uma norma.

A grande vantagem é a possibilidade de tratamento independente de questões de conteúdo das normas e questões de validade ou de existência específica enquanto norma. Assim, a norma pode ser considerada válida, independentemente do seu conteúdo, e vice-versa, e, por essa razão, abraçam-se diferentes teorias sobre a validade, aproveitam-lhes as contribuições e ainda apuram três conceitos de validade (sociológico, ético e jurídico), correspondentes aos elementos do direito (eficácia social, correção material e legalidade). Não se pressupõe uma colagem entre ser e dever-ser, entre norma e sua própria validade¹⁴⁶.

Enfim, para interpretação e aplicação da Fórmula de Radbruch, é importante que não são as regras e fundamentos da teoria do discurso com também elementos dos conceitos de direito, direitos fundamentais e sociais.

¹⁴⁶ ALEXY, 1997a, p. 57, em português p. 60.

2 A TEORIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ALEXYANA COMO FUNDAMENTO DE CORREÇÕES ARGUMENTATIVAS

2.1 CONTEXTUALIZAÇÕES FILOSÓFICAS E HISTÓRICAS

2.1.1 Contribuições liberais na modernidade

O indivíduo foi colocado no centro da existência social com o Iluminismo resultando no liberalismo moderno. Desse momento histórico houve uma conversão de outras teorias que formaram a base filosófica da autonomia moral do indivíduo e a exigência de direitos fundamentais. John Locke (1632-1704) e Adam Smith (1723-1790) são os mais citados quando se examinam os primórdios do liberalismo moderno, porém David Hume (1711-1776) também com o liberalismo clássico.

Todavia, quase cem anos antes de Smith, em 1689, foram publicadas as obras mais importantes de Locke, *Ensaio sobre o entendimento humano*¹⁴⁷ e *Dois tratados sobre o governo civil*¹⁴⁸. O clássico de Smith, *A riqueza das nações*, foi publicado somente em 1776. Enquanto no primeiro a ênfase foi mais no liberalismo econômico ou de livre mercado, no segundo, em Locke, os alicerces tiveram ênfase política.

O liberalismo de Locke sustenta que o governo surge de um pacto rescindível com a finalidade de resguardar a liberdade e a propriedade das pessoas. Paradoxalmente, as imputações de contradições, ambiguidades e pontos obscuros advieram da incondicional defesa dos direitos de propriedade. A confiança no governante é exaurida se não houver proteção e cumprimento dos objetivos pré-acordados. Não há sujeição e o povo tem o poder de concessão de poderes de confiança, que podem ser suprimidos pela rebelião, ou pela resistência aos governos tiranos.

¹⁴⁷ LOCKE, J. **Ensaio sobre o entendimento humano**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹⁴⁸ LOCKE, J. As declarações dos direitos do homem dos Estados Unidos de 1787 e a da França de 1789 foram inspiradas, diretamente, no *Segundo tratado* de Locke. A separação de poderes dentro do governo, sugerida por Locke, foi o eixo da teoria de Montesquieu. Cfr. CHÂTELET, F.; DUHAMEL, O.; PISIER-KOUCHENER, E. **História das ideais políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 60.

Das diferenças entre Hobbes e Locke¹⁴⁹, duas demandam mais atenção. A primeira é que, em Locke, o ser humano é naturalmente livre, ou seja, na ausência de governo, reina a liberdade e não a guerra; portanto, pode inferir que na liberdade originária ou natural são patentes direitos individuais básicos como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. A segunda, e não menos importante, é que a anarquia em Hobbes era considerada perigosa, e não a opressão, o despotismo.

A proteção sob a liberdade materializa-se em duas direções: ao poder patriarcal, em especial, pela hegemonia; e ao poder absoluto, ou governo ilimitado, no qual o indivíduo é súdito e não cidadão.

O liberalismo tem diferentes variedades e tendências, mudando suas significações de acordo com as diferentes épocas e países. Mas, em geral, enfatiza a liberdade do indivíduo em face das pressões exteriores como o Estado e limitações dos atos do poder público, bem como o direito de propriedade e disposição da mesma.

Ideologias, como nacionalismo e liberalismo, alavancaram políticas sociais, econômicas e culturais ao longo das transformações do século XIX, desde a queda do antigo regime ao estabelecimento de regimes parlamentares na América do Norte e da Europa Ocidental para a vitória industrialização e do capitalismo. Na segunda metade do século XIX, o triunfo do liberalismo em si e a ascensão da burguesia ao poder econômico e político, bem como a sua liderança social e cultural, vão situar ideologias em posições mais conservadoras e enlaçar um caráter revolucionário, e, ainda, será desafiado por novas correntes como o marxismo e o anarquismo.

Os liberais conservadores invocam o princípio do livre mercado, do *laissez-faire*, e são hostis ao Estado, considerando a família e o mercado instituições-chave que alicerçam a sociedade. Outros liberais, mais à esquerda politicamente, sustentam que o direito à vida e à procura da felicidade implica o direito ao divórcio e ao aborto e, além desses, o direito não só à educação universal, mas também à proteção da saúde e a um generoso Estado benfeitor que torne efetiva a justiça distributiva.

¹⁴⁹ Na filosofia, Locke é um dos fundadores do empirismo desenvolvido posteriormente por Berkeley e Hume, seu representante mais ilustre da Idade Moderna e que esboça as linhas básicas do positivismo contemporâneo. Os indivíduos pobres ou desfavorecidos em Locke precisam ser controlados e disciplinados. Para solucionar a miséria, defende leis de coerção e punição para os mais pobres. O que se busca é a proteção do capital e não a efetividade nas políticas de promoção de direitos básicos. Em Locke, os indivíduos convivem como inimigos em potencial e se unem por interesses egoístas; o Estado construído sobre essas bases logo caminha para o caminho da repressão (militarização e policiamento ostensivo).

Distingue-se o liberalismo também por ter uma postura de contenção ao restringir as competências estatais e primar pela liberdade individual, ou seja, minimiza o Estado. Essa aspiração é polarizada com a percepção do Estado máximo com ações intervencionistas e reguladoras. Os fundamentos do Estado mínimo são compatíveis com ideia do Estado como um “mal necessário”; enquanto as bases do Estado máximo são assistencialistas e eudemonistas¹⁵⁰.

O comunitarismo, teoricamente, faz-se parasitário do liberalismo, à medida que não tem bases teóricas próprias, nutrindo-se tão somente daquilo que critica naquele. Na controvérsia liberalismo *versus* comunitarismo esse seria, assim, um movimento somatório filosófico-político do antiliberalismo, em parte orientado pelo aristotelismo político, em outra parte pelo rico fundo do hegelianismo, da hermenêutica e da tradição antiliberal do pensamento político contemporâneo.

Assim, há um contraste entre, por um lado, um liberalismo de arraigada tradição, com sólida fundamentação teórica e de grandes feitos, pronto para pensar os grandes desafios da globalização, da defesa do Estado social e do desenvolvimento dos direitos humanos, bem como da edificação da filosofia política das relações internacionais, e, por outro, um comunitarismo a quem resta somente o “[...] lamento de uma crítica cultural comum, que o impele a alianças questionáveis com todos os inimigos autocráticos e pré-civilizatórios dos direitos humanos”¹⁵¹.

A exigência de ser coerente teoricamente faz com que os elementos ideais sejam relacionados às pessoas reais engajadas em discursos impostos na razão na prática, isto é, em uma situação concreta e no âmbito de sua forma de vida. A realidade humana é um sistema aberto e nenhuma teoria pode impor soluções, como as de posições irracionalistas e algumas denominadas de pós-modernas, e por essa razão vincula-se com a tradição que conserva e expande as conquistas da modernidade, na esteira da *Aufklärung*, que é diferente do proposto pela teoria do fim da modernidade¹⁵².

¹⁵⁰ HAYEK, F. von. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Alertou que a intenção do socialismo se traduz em no totalitarismo estatal, pois se reduz a liberdade individual aumentando a dependência estatal e se aproxima da ideia de súdito. Hayek também apresentou a ideia de que o liberalismo e a democracia, embora compatíveis, são diferentes. O totalitarismo é o oposto do liberalismo e o autoritarismo é o oposto da democracia. O liberalismo tem uma preocupação focada na extensão do poder e a democracia preocupa-se em quem tem este poder.

¹⁵¹ KERSTING, 2000, S. 34-59 *apud* LUDWIG, 2014, p. 258.

¹⁵² Habermas e Günter não concordam com a existência de uma filosofia pós-modernidade. Esta pesquisa também não segue essa filosofia. Mas, o fim da modernidade é entendida por muitos como a dissolução de formas de razão universalísticas, substituídas por pluralismo, ecletismo, relativismo e falibilismo.

2.1.2 Evoluções terminológicas de Estado de Direito

A Constituição, na qualidade de lei suprema, sintetiza a organização racional do Estado em qualquer tempo e com a finalidade precípua de garantir a liberdade individual. Na modernidade, com derrocada do Estado absoluto, solidificou-se a capacidade de submeter todos os indivíduos ao Estado de Direito, que naquele momento histórico, com as Revoluções Francesa e Americana, foi denominado de Estado Liberal de Direito¹⁵³. Também foi nominado de Estado Constitucional, em razão da adoção de uma base de toda ordem jurídica.

A crença de que bastava que na Constituição estivessem inscritas a separação de poderes, declaração de direitos garantindo ao indivíduo contra arbítrio político ou leis que violassem a Constituição¹⁵⁴, logo se revelou carente de atualizações ou releituras como, por exemplo, no controle de constitucionalidade, que teve o caso americano como precursor *Marbury versus Madison*¹⁵⁵.

A consagração do Estado Social de Direito alcança a plenitude quando denominado de Estado Democrático de Direito, que é a constante no artigo inicial da atual Constituição brasileira¹⁵⁶. O Estado de Direito¹⁵⁷, portanto, sobreviveu às

¹⁵³ A exceção mais expressiva é a Inglaterra, a ordem jurídica é fundamentada *rule of law*, o sistema costumeiro só se torna lei quando aplicadas pelo tribunal. Todavia, após defender que os direitos dos cidadãos estavam mais bem protegidos pela *common law* que por catálogos de direitos humanos importados, os ingleses aderiram à convenção europeia de direitos humanos em 1998.

¹⁵⁴ Nesse sentido, Alexander Hamilton, no número 78 de **O Federalista**, advertiu que “a interpretação das leis é uma província própria e peculiar das cortes e que uma Constituição é, de fato, e deve ser considerada pelos juízes uma lei fundamental e que, portanto, cabe a estes verificar o significado dela, assim como o significado de qualquer ato particular procedente da corporação legislativa, de tal modo que, se suceder que exista uma discordância irreconciliável entre ambos, aquele que tiver validade e obrigatoriedade superiores deve, certamente, ser preferido; ou, em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei: a intenção do povo, à intenção dos seus agentes.

¹⁵⁵ Segundo Fábio Comparato, esse fato consagrou que o princípio da supremacia do parlamento foi contraposto ao da supremacia da constituição com isso os direitos humanos que foram incorporados como direitos fundamentais (COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000).

¹⁵⁶ Art. 1º *caput* do art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”

¹⁵⁷ Difini ressalta que a origem da expressão Estado de Direito em 1798 com Placidus, pseudônimo de Johann Wilhelm Petersen, na obra “Litteratur der Staatslehre”, refere-se a “Rechts-Staats-Lehrer” (teóricos do Estado de Direito) para designar a Escola de Kant. Após, em 1813, foi mencionado por Adam Müller (“Die Elemente der Staatskunst”) e Carl Theodor Welcker (Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, de 1813). No entanto, foi popularizada por Robert Von Mohl (Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates), em 1832. Assim, a construção teórica do “Rechtsstaat” foi alemã. Na França, o projeto político no plano prático, no início, foi limitado sob a forma de *État legal*, o *État de droit* só veio na modernidade. Já nos países de “common law”, a noção que se projetou, em construção concomitante e independente daquelas surgidas na Europa continental, foi a de *rule of law*.

transformações políticas, culturais e econômicas agregando novos elementos que o atualizaram ao longo do tempo.

A contextualização e acepção de palavras como ideologia, liberal e liberdade se impõem, antes da apresentação dos marcos teóricos, pois trouxeram efetivas alterações em Estados contemporâneos. Ideologia é usada em muitos sentidos diferentes, mas foi criada em 1801 por Destutt Tracy, e teve o primeiro significado como a ciência das ideias, isto é “para designar análise das sensações e das ideias”¹⁵⁸. Napoleão atribuiu significado pejorativo aos seguidores de Tracy de ideólogos e deformadores da realidade. Geralmente, denomina-se ideologia toda crença usada para o controle dos comportamentos coletivos. Todavia, não é a validade ou não que transforma uma crença em ideologia e sim sua capacidade de controlar comportamentos em determinadas situações.

O conservadorismo, liberalismo, democrativismo e nacionalismo são as ideologias mais difundidas¹⁵⁹. No entanto, seja república ou monarquia, a forma de governo passou a ser adjetivada de constitucional, sendo que a Revolução Francesa é o principal marco histórico do nascimento do Estado de Direito, ou do constitucionalismo liberal¹⁶⁰.

As diferentes conotações e as interligações da palavra liberal e liberdade indicam a complexidade de se apresentar definições acerca do liberalismo. O liberalismo pode não estar presente mesmo quando há a denominação liberal. O critério para se buscar o significado, menos inseguro, é o local¹⁶¹. Na Inglaterra e na Alemanha são posicionamentos políticos de centro, capazes de mediar o conservador e o progressista. Nos Estados Unidos, é mais de radicalismo de esquerda, defensor das velhas e novas liberdades civis. Na Itália, representa os que procuram manter a livre iniciativa econômica e a propriedade particular. O adjetivo liberal também foi ou é usado não isoladamente como: monárquicos-liberais, liberal-nacionais, católicos ou protestantes liberais, livre-cambistas liberais e liberal-estatalistas.

¹⁵⁸ ABBAGNANO, op. cit., p. 531-533.

¹⁵⁹ CRESPINY, A.; CRONIN, J. **Ideologias políticas**. Brasília: UnB, 1999. A república tem múltiplos significados, no Brasil as correntes com orientações liberais à americana, jacobinas à francesa e positivistas disputaram a maneira de conceber a organização política da sociedade brasileira.

¹⁶⁰ MORAES FILHO, E. **Temas de liberalismo e federalismo no Brasil**. Rio de Janeiro: ABL, 1991, p. 5.

¹⁶¹ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário da política**. 12. ed. Brasília: UnB, 2004, p. 688.

No Brasil, as ideias liberais tiveram maior influência a partir da Independência de 1822, quando muitos proprietários queriam libertar-se do jugo de Portugal e, ao mesmo tempo, manter as estruturas tradicionais de produção econômicas e sociais. Porém, não houve realização dos ideais do liberalismo porque havia interesses comerciais na manutenção da exploração do trabalho. Apenas com o desenvolvimento urbano começou a ter condições de se desenvolver as ideias liberais, mas a herança colonial deixou suas marcas no Brasil contemporâneo¹⁶².

Arendt, no âmbito da filosofia política, colocou em evidência que se deve a Immanuel Kant o grande esclarecimento de que a liberdade não é passível de averiguação, bem como que o filósofo de Königsberg a salvou da duplicidade ao considerar os limites do sujeito de acordo com as suas próprias capacidades, tornando possíveis distinções do ser (razão teórica), e dever-ser (razão prática), ou entre liberdade teórica (ciência) e prática (ética)¹⁶³.

A liberdade é a razão de ser da política; no entanto, a coragem é indispensável para ações políticas, pois, segundo Arendt, libera o homem de suas preocupações com a vida para com a liberdade do mundo, isto é, na política, não a vida, o mundo está em jogo¹⁶⁴. O ser humano confirma sua identidade e age no espaço público, sendo feitor da história coletivamente. Assim, a liberdade política, como ação de todos, não pode desprezar a pluralidade.

Zippelius¹⁶⁵ adverte a necessidade de não identificar o conceito de liberdade do liberalismo com o conceito democrático de liberdade. O primeiro refere-se à liberdade do *status negativus*, ou da liberdade de atuação individual em face do Estado. O segundo diz respeito ao *status activus* ou à liberdade de participação na formação da vontade comum. Porém, necessariamente, essas liberdades não

¹⁶² Nesse sentido ver CARVALHO, J. M. de. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 45 e ss; e do mesmo autor, **A construção da ordem – Teatro das sombras**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. Também DREIFUSS, R. **O jogo da direita**. Rio de Janeiro: Vozes, 1989, p. 13. Em WEFFORT, F. C. **A formação do pensamento político brasileiro**. São Paulo: Ática, 2006, p. 147-155 enfatizou aspectos educacionais como relatos de que “não havia jesuítas espanhóis e portugueses porque são na realidade os mesmos jesuítas que não conhecem outros soberanos que não seja o seu geral, outra nação, que não seja a sua própria sociedade...”.

¹⁶³ ARENDT, H. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 189-190. Ver também KANT, I. **Crítica da razão pura**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 381; 473. Nos fundamentos dos limites da razão, Kant sentenciou a impossibilidade de conhecer objetivamente os conceitos especulativos da razão como a imortalidade, a liberdade e Deus.

¹⁶⁴ ARENDT, 2005, p. 203. A ética de Kant, torna o dever e a liberdade internamente compatíveis, segundo Rohden, sem essa compatibilidade cairia na heteronomia ou na presunção de um espontaneísmo moral (Cfr. ROHDEN, V. **Introdução à edição brasileira**. In: KANT, 2003, p. xv).

¹⁶⁵ ZIPPELIUS, 1997, p. 375.

convergem porque a maioria democrática pode exercer uma tirania muito pouco liberal.

No que diz respeito à fundação do Estado e do direito, Kersting¹⁶⁶ sustenta que o contratualismo diferenciado de Kant (desvoluntarizado, universalista e procedimentalizado) ainda pode fornecer respostas para a fundação racional do direito sem recair em formulações de cunho hobbesiano ou em fundações éticas ou naturalistas, como o comunitarismo aristotélico. São da própria razão prática desenvolvida com base no conceito da autonomia os critérios de formabilidade racional a serem aplicados ao conhecimento normativo para o fim da justificação de afirmações normativas e, com isso, para dizer se declarações, leis e formas de governo podem reclamar para si validade geral, se são universalizáveis e passíveis de reconhecimento em geral.

2.1.3 Liberalismo radical de Hayek, liberalismo econômico de John Rawls e o liberalismo analítico de Robert Alexy

A Teoria da Justiça de Rawls é tida como um dos pontos mais representativos da reconstrução contemporânea do universalismo kantiano, bem como configura o liberalismo como teoria política mais influente no pensamento, claro sem negar a importância de outros autores, como Ronald Dworkin¹⁶⁷.

Rawls lança-se, então, à tarefa de reinterpretar a doutrina do contrato social, que o levou à simulação de uma situação originária ou sem passado de igualdade, na qual todas as determinações empíricas são abstraídas. Apresentou um conceito ideal de indivíduo, no qual supõe a adesão de todos a um conceito de justiça interligado aos princípios da liberdade e equidade. Tentou hierarquizar a liberdade sobre a igualdade e a equidade sobre a diferença (fraternidade). A intenção de Rawls foi ultrapassar o formalismo da filosofia prática de Kant, sem renunciar à sua essência¹⁶⁸.

¹⁶⁶ KERSTING, 2012, p. 41-62.

¹⁶⁷ Especialmente em DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005; e do mesmo autor, **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Em que pese combater concepções do bem, e valorizar a escolha do cidadão em condições iguais, bem como examina questões éticas sob enfoque da dignidade, abre espaço para máximas particulares não universalizáveis.

¹⁶⁸ RAWLS, J. **Uma teoria da Justiça**. Brasília: UnB, 1981, p. 197-201, 207; também do mesmo autor, **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

O mercado assume um papel decisivo na Teoria da Justiça¹⁶⁹. A política por ela proposta tem por objeto as desigualdades econômicas, sociais e culturais que a norma do mercado implica. Considera que no princípio de justiça as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de maneira que, ao mesmo tempo, possa-se racionalmente esperar que sirvam em proveito de todos (princípio da diferença) e que estejam ligadas a posições e funções abertas a todos (princípio de igualdade). Rawls, ao adotar o princípio de eficácia de Pareto, segundo o qual uma repartição só é bem-sucedida se o aumento de rendimentos de um não acarrete a diminuição de rendimentos de outros, o submete ao mesmo tempo à sua concepção de justiça.

A fragilidade de Rawls está justamente em deduzir de premissas liberais restrições de princípio aos efeitos não igualitários que a lógica do mercado engendra. A teoria não afirma a anterioridade do político nem possui um conceito de racionalidade, carece de solidez na delimitação de princípios de justiça com a assunção do axioma perverso da lógica de mercado.

Nesse sentido, é mais consistente a teoria de Hayek¹⁷⁰, pois acredita numa ordem espontânea e complexa de ações humanas que funcione com regras de condutas universalmente válidas. Para Hayek, as ordens espontâneas não são naturais (não redutíveis a qualquer forma de causalidade) nem produto de disposições e arranjos voluntários. Recusa, portanto, o direito natural, por reduzir a ordem jurídica à estabilidade, e o positivismo moderno, por reduzi-la ao artificialismo de arranjos preparados: “Hayek vê no direito o modo de regulação, em boa parte sempre implícito, das relações sociais e da ordem que se forma a partir delas e nelas”.

A ordem social resulta da interação dos indivíduos, enquanto seres egoístas racionais de projetos distintos e muitas vezes antagônicos. Uma ordem, portanto, não desejada nem provocada. Recusa formas de planificação da economia e da sociedade, por ser um recurso ilusório de redução da complexidade, transformando a sociedade aberta em sociedade fechada. A ordem social, nesse sentido, não é justa nem injusta, simplesmente é. O indivíduo tem o direito de nela atuar em sociedade em conformidade ao que acredita ser seu interesse, nos limites impostos

¹⁶⁹ RAWLS, 1981, p. 212-214.

¹⁷⁰ HAYEK, 2010.

pelo direito, ou seja, segundo os princípios de uma coexistência racional das liberdades.

O papel do Estado em uma ordem social espontânea e autorregulada seria afastar os fatores que possam perturbar tal ordem, garantindo a paz, a liberdade e a justiça; mas não deve intervir positivamente na ordem espontânea. Dessa forma, o liberalismo não se sustenta sem a ideia de Estado e a sua particularidade tem sido mediada pelo universal, tanto na visão de contrato de Rawls como na de mercado, de Hayek.

Ludwig destaca que Alexy, de forma consequente e não neutra, declara a opção por uma teoria liberal, pois **a ideia de um discurso inclui universalidade e autonomia, sendo que a primeira pressupõe a ideia da igualdade e a segunda da liberdade apoiada numa concepção de imparcialidade uma concepção.**¹⁷¹ Também, registra que a teoria liberal do alexyana não deixa de ter “consequências problemáticas”, mesmo considerando a generosa construção que Alexy faz dos direitos sociais.

Nesse contexto, Matthias Klatt¹⁷² sustenta que, do conjunto da obra de Alexy, as características básicas descritas, que descrevem o sistema como um todo, chegam do liberalismo, mas do tipo analítico¹⁷³. Que ao lado da tese da dupla natureza e a institucionalização da razão encontra-se no ápice da relação densa e complexa.

2.1.4 Sociabilidade legal

A sociabilidade ou a capacidade para sociedade foi conveniente para a humanidade por ter sido o meio que a distingue da animalidade. A razão elevou o

¹⁷¹ LUDWIG, 2014, p. 205-206.

¹⁷² KLATT, M. *Robert Alexy's philosophy of law as a system*. In: _____. (ed.). ***Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy***. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 24-25 *apud* LUDWIG, 2014, p. 159-160, que traduz a forma que Klatt apresenta a relação é entre direito e razão que são apresentados os seguintes: “(a) conceitual, relacionado à demanda da razão pela posituação dos direitos humanos e pela fórmula de Radbruch; (b) metodológico, em que a razão é interpretada como argumentação, na qual regras e formas de discursos se compaginam com meios de tomadas de decisão; e (c) político, em que o constitucionalismo discursivo provê estruturas de decisão necessárias, de um ponto de vista metodológico, para que resultados discursivamente possíveis se transformem em decisões claras”.

¹⁷³ Sobre esta terminologia elucida ABBAGNANO, 2003, p. 54, “a diretriz analítica das ciências consiste na progressiva eliminação de “pontos finais”, isto é, de elementos ou estruturas, por sua substancialidade e necessidade, bloqueiem o curso ulterior da analítica e a mobilizem. Essa tendência visa, portanto, determinar e utilizar técnicas de verificação passíveis de correção ou retificação”.

homem para sociedade entre homens. A capacidade de se obrigar, de agir segundo regras de convivência, trata-se de uma sociabilidade que envolve restrições na forma de agir e na razão, pois almeja que um ser humano não utilize o outro como meio, essa sociabilidade é a legal.

O direito passou a ser mais necessário que o amor para instituição da sociedade, pois sem a capacidade e a disposição de se deixar guiar por regras e princípios de convivência, a sociedade é impossível.

Rohden¹⁷⁴ enfatiza que, ao contrário dos antecessores, que viam o fundamento do Direito na inclinação do homem à sociedade, Kant viu o conceito de Direito como condição de possibilidade da sociedade, bem como que a “**capacidade para o direito teria fundado a sociedade**”. O conceito “sociabilidade legal”, apesar de ser um dos fios condutores de várias obras, teve reduzida atenção de Kant em abordagens deslocadas e foi apresentado apenas na seguinte passagem:

A época e os povos, nos quais o ativo impulso à sociabilidade legal, pela qual um povo constitui uma coletividade duradoura, lutou com as grandes dificuldades que envolvem a difícil tarefa de unir liberdade (e, portanto, também igualdade) à coerção (mais do respeito e da submissão por dever do que por medo) [...].¹⁷⁵

A filosofia do direito concedeu pouca atenção ao tema como bem ressaltou Rohden¹⁷⁶. Dois destaques nesse conceito kantiano. O primeiro é a indicação de que é a sociabilidade legal que viabiliza uma coletividade duradoura, isto é, configura-se um requisito necessário à constituição de uma coletividade duradoura. O segundo e mais complexo é que, para que a sociabilidade se efetuassem, precisava unir liberdade, igualdade e coerção. Sendo que esta é mais no sentido do respeito e da submissão por dever que por medo. Assim, Rohden denominou de um “**coadunar de uma forma ética**”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ ROHDEN, 1994, p. 104-105. A filosofia prática kantiana, na qual obras relativas à moral, política, história, direito, religião, antropologia, pedagogia, entre outras, muitas vezes imprimem-se um cunho individual como se houvesse descon siderações ao aspecto social, ou sociável, do ser humano, que pesquisas qualificadas desfazem impressões dessa natureza. Neste sentido ver ROHDEN, V. Sociabilidade legal uma ligação entre direito e humanidade na 3ª Crítica de Kant. **Analytica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 97-106, 1994; KALSING, R. M. S. **Sociabilidade legal: uma ligação entre sociabilidade e direito em Kant**. Tese (Doutorado em Filosofia) Faculdade de Filosofia da Universidade Federal (UFSC), Florianópolis, 2011.

¹⁷⁵ KANT, I. **Crítica da faculdade do juízo**. 3. ed. Trad. de Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 219.

¹⁷⁶ ROHDEN, 1994, p. 97.

¹⁷⁷ Idem.

Todavia, Rohden enfatiza que a motivação à submissão puramente legal se dá pelo medo da punição correspondente, que restringe ou impede o desrespeito à lei. E, por essa razão, para que haja durabilidade em um país da sociabilidade legal, é preciso um “prévio desenvolvimento cultural de progresso para a moralidade, de cunho ainda acentuadamente estético”¹⁷⁸. Essa condição prévia se somaria a outras que cultivariam ideias morais; a sociabilidade legal seria a condição preliminar para o direito, não o direito propriamente.

Rohden assevera que em Kant sugere vários níveis da questão o “da constituição de uma coletividade duradoura, que por sua vez se funda numa sociabilidade legal, a qual remete, enfim, a uma preparação moral”¹⁷⁹. Dessa forma, a sociabilidade legal é um pré-requisito da constituição política e tem a capacidade e disposição de se deixar guiar por princípios do Direito.

2.1.4.1 Sociedade e Estado

É pré-democrática a dubiedade entre sociedade e Estado, pois é inserida em uma relação de poder estatal com aparato de funcionários monárquicos em que havia uma sociedade, em grande medida, excluída. A vida social não é mais possível sem a configuração organizadora, planificadora e responsável do Estado¹⁸⁰. A vida social está em conexão com vida estatal. Porém, ao distinguir estatal e não estatal, usa-se coletividade, enquanto o conceito de Estado reserva-se ao significado estreito, como atuação e atividade de poderes para formação da unidade política¹⁸¹.

A contraposição entre Estado e sociedade é racional, desde que descreva esta distinção de funções e papéis, que descubra no Estado um complexo de papéis específicos e sirva para a formulação de princípios de ação específica para o âmbito estatal. Mas adverte-se que essa contraposição é válida com reservas porque a ação privada típica não está isenta de obrigações com o bem comum e o sistema,

¹⁷⁸ Ibidem, p. 100.

¹⁷⁹ ROHDEN, 1994.

¹⁸⁰ No sentido kelsiano, o Estado como titular e não criador de direito; a vontade do Estado é o órgão, é a lei.

¹⁸¹ HESSE, op. cit., p. 32-34.

ou seja, tem pouca utilidade uma separação real entre Estado e sociedade por se tratar dos mesmos indivíduos que agem ora em papéis estatais ora sociais¹⁸².

A revitalização das políticas liberais, o declínio do marxismo, a revolução tecnológica e a busca das ciências sociais em produzir novas modas teóricas são inseridos mais na sociedade civil e menos na autonomia de grupos. Sob essa perspectiva, a sociedade civil não se contrapõe ao Estado e sim às forças do mercado, que pode ser considerada uma tendência de burocratização nos movimentos sociais. A concentração das atividades nos movimentos sociais e nas ONG revela uma reestruturação articulada¹⁸³.

Evita-se também a contraposição simplista de ação estatal e ação puramente privada, há risco de surgirem as “boas” orientações sociais ou opiniões. O dirigismo de opiniões tem não só uma pretensão de verdade como uma necessidade de criar padrões seguros para a conduta humana. Na perspectiva sociológica, o funcionamento ordenado da convivência humana exige uma certeza de orientação; os indivíduos têm uma necessidade de unidade da imagem de mundo. Zippelius destacou que a aversão para suportar a insegurança espiritual, ou o desconforto da liberdade espiritual, tem como resultado a propensão das massas para o fascínio por cosmovisões e líderes carismáticos¹⁸⁴.

O indivíduo, naquelas situações de insegurança, se vê obrigado a decidir-se, por responsabilidade própria, a favor de vários pontos de vista possíveis com a perda da certeza de normas integradoras. Essa liberdade gera ônus de decisão e insegurança na sociedade, que o só suporta dentro de certos limites. A rejeição da “ideia que existem normas heterônomas de validade geral para o direito e a política” requer que os indivíduos tenham responsabilidade pessoal e participação na decisão, ao que Zippelius denomina “**livre concorrência das convicções**”¹⁸⁵, que conduz ao princípio da formação liberal democrática da opinião e da decisão.

¹⁸² ZIPPELIUS, 1997, p. 334.

¹⁸³ GOHN, op. cit., p. 340.

¹⁸⁴ ZIPPELIUS, 1997, p. 338-340.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 341.

2.2 DESENVOLVIMENTO, CONCEITOS, CLASSIFICAÇÃO E FORMAS DE ARGUMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.2.1 Aspectos históricos do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais originaram-se dos movimentos liberais do século XVIII e estão ligados à noção de limitação jurídica do poder estatal. As garantias desses direitos foram consagradas na Inglaterra com *Petition of Rights* (1628), e *Bill of Rights* (1689), nos Estados Unidos com a *Declaration of Independence* (1776), na França com a Resolução de 14 de julho de 1789 e na Alemanha houve mais desenvolvimento dos direitos de liberdade e igualdade. Portanto, as mudanças construídas pela sociedade ampliaram a necessidade de validade e a eficácia dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, portanto, são caracterizados pela historicidade que contribuem para mutabilidade diante das transformações e ampliações do pensamento humano, pela universalidade por se destinar a todos os seres humanos, em regra são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não são absolutos e não devem retroagir.

O conceito de liberdade tem grande relevância nos direitos fundamentais e se apresenta como um direito à abstenção (Estado ou particular) e, nesse sentido, Alexy¹⁸⁶ ressalta:

Só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma “liberdade *negativa*”. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação.

Uma liberdade de direito fundamental existe, então, quando uma alternativa de ação se torna possível *em virtude de uma norma de direito fundamental*. [...] Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais (liberdades / situações / posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais.

Normas de direito fundamental são todas as normas para as quais é possível uma fundamentação jurídico-fundamental correta, a qual, no caso das diretamente estatuídas, resume-se, via de regra, à sua indicação no texto constitucional.

¹⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222 e 280-281.

A teoria sobre norma de direito fundamental não diretamente estatuída em texto constitucional evoca as grandes controvérsias sobre os direitos fundamentais e sobre o direito constitucional em geral. Mas projeta soluções promissoras em razão da forma de tratamento conferido à interpretação dos direitos fundamentais. Nessa direção é afirmação de Gavião Filho:

As discussões em torno dos direitos fundamentais, em grande medida, estão relacionadas ao estabelecimento de quais são as normas que podem ser associadas às normas diretamente estatuídas.

Enfim, ressalta-se que, para cumprimento da tarefa da fundamentação da norma de direito fundamental, não dispensa o encargo de racionalidade e a discursividade de qualquer atividade interpretativa, o que envolve, sempre, argumentação.

2.2.2 Construção do conceito de direito

Além das funções normativas, a estrutura básica e as atividades da ciência do direito e os elementos conceituais compatíveis com a teoria dos direitos fundamentais e com a democracia almejam esclarecimentos com regularidade. A estrutura básica da ciência do direito é a dogmática jurídica, filosofia do direito e política jurídica. As atividades da ciência do direito, no sentido mais estrito e próprio, ocorrem em pelo menos três situações, que são: na descrição do direito vigente, na análise sistemática e conceitual e na elaboração de propostas para solução de casos jurídico-problemáticos¹⁸⁷.

Kant, por ser filósofo crédulo ao governo das leis, defendia o Estado de Direito dos movimentos revolucionários que visassem a abolir a vida constitucional e jurídica, principalmente se fosse por meios violentos¹⁸⁸. Assim, na lei universal de liberdade os indivíduos poderiam coexistir pacificamente porque o direito tem a função de buscar a liberdade, limitando a conduta de cada indivíduo

¹⁸⁷ HOLLERBACH, A. Ciência do direito. Tradução Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-24; ALEXY, 1997b, p. 240-261.

¹⁸⁸ KANT, I. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 129-137; **Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis**. Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf. Hamburg: Meiner, 1992, S. 51-73.

igualmente¹⁸⁹. O conceito de direito kantiano é: “o direito é, portanto, a totalidade das condições sob as quais a arbitrariedade de um com a arbitrariedade pode ser unida em conjunto segundo uma lei geral de liberdade”¹⁹⁰.

Segundo Kersting¹⁹¹, o conceito de direito kantiano oferece uma determinação relacional tripla ao englobar relações exteriores, arbitrariedade mútua e liberdade legal. Assim, somente a relação exterior, precisamente a prática de uma pessoa contra outra, as atuações (como fatos) podem ter influência recíproca. Para a relação da arbitrariedade mútua é juridicamente insignificante a influência da atuação de um sobre desejos e carências de outro porque a necessidade não é capaz de unir juridicamente; uma comunidade jurídica não é uma comunidade solidária dos necessitados, mas uma comunidade de autoproteção dos poderosos em atuação. A relação de liberdade geral somente se interessa, juridicamente, pela relação formal da atuação de um com a liberdade de atuação dos outros, sendo que a arbitrariedade de nossas determinações de finalidade não é atacada no conceito de Kant.

O direito, como lei da liberdade exterior, coexistência das pessoas que vivem em relações exteriores, isto é, espaciais, define rigorosamente o espaço que cada um pode encher com seu e se defender de violações. Portanto, a igualdade se encontra na liberdade e a liberdade na igualdade.

A definição clássica de liberdade independe da arbitrariedade coercitiva de outro, ou seja, a relação recíproca do arbítrio não se atende à matéria do arbítrio, por exemplo, não se pergunta quem vai ou não se beneficiar com a mercadoria e sim pela forma da relação de arbítrio de ambas as partes¹⁹². Assim, a proibição à arbitrariedade do princípio da igualdade significa proteção da liberdade.

O conceito de condição, na definição de Kant, é definido pelo conceito de lei exterior. Leis exteriores regulam o uso exterior da liberdade, estatuem deveres (exteriores); limitam-se a exigir mera concordância de atuação da lei (legalidade),

¹⁸⁹ Neste sentido, KRIELE, op. cit., p. 277-283. Quanto mais livres são as pessoas, mais desiguais elas serão. Ao contrário disso, quanto mais as pessoas forem igualadas no sentido democrático radical, mais elas organizarão suas vidas de forma não livre.

¹⁹⁰ ALEXY, R. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 140, traduzida conforme **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre – Metaphysik der Sitten – Erster Teil**. Hamburg: Meiner, 1998, S. 38; **Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito – parte I**. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 36.

¹⁹¹ KERSTING, 2012, p. 97-99; 110.

¹⁹² KANT, 2009, p. 36; e **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburg: Meiner, 1999, p. 38.

sem considerar a mola propulsora (moralidade)¹⁹³. O Direito limita-se à conduta conforme o seu dever; a ética exige além, atuar do dever.

Os elementos particulares do conceito kantiano de direito foram examinados por Robert Alexy¹⁹⁴ e, de certa forma, atualizados. O conceito de direito alexyano, conforme transcrição a seguir, inclui a moralidade como pretensão de correção do conteúdo, a institucionalidade, que é determinada de acordo com ordem posta ou a legalidade em conformidade ao direito, e a facticidade, que é a eficácia social, ou apenas potencial social, ou historicidade, ou validade/cogência, vejamos:

O direito é um sistema de normas que (1) levanta uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma constituição eficaz como um todo e que não são extremamente injustas, como também na totalidade das normas postas de acordo com essa constituição e que possuem um mínimo de eficácia social ou de probabilidade de eficácia e que não são extremamente injustas, e ao qual (3) pertencem os princípios e outros argumentos normativos nos quais se apoia o procedimento da aplicação do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de cumprir a pretensão de correção.¹⁹⁵

Da relação defeituosa entre eficácia e legalidade pode ocorrer imutabilidade e carência de força, mas ambas necessitam de uma pretensão de correção. Nesse ponto, a teoria de Alexy ultrapassa a teoria de Kelsen de que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”¹⁹⁶ e de que não haveria correção com conceitos morais. Contudo, a compreensão da relação tensa entre correção e limitação, ou entre idealidade e realidade é a ideia de razão institucionalizada que, sob ângulo do direito fundamental, é designado de constitucionalismo discursivo ou democrático.

Ludwig acrescenta, além da validade e dos elementos do conceito de direito, há na essência do próprio direito e possui duas propriedades que são a coerção e a correção:

A primeira propriedade é um elemento central da eficácia social do direito, a segunda expressa a sua dimensão ideal ou crítica. Pertence ao problema capital da filosofia do direito perguntar como os conceitos da coerção e da correção se relacionam com o conceito de direito e, por meio deste, entre si.¹⁹⁷

¹⁹³ KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, p. 18, 29-30; **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, S. 22.

¹⁹⁴ ALEXY, 2010, p. 140-148.

¹⁹⁵ LUDWIG, 2014, p. 321. Há outra tradução do conceito: In: ALEXY, R. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011a, p. 151.

¹⁹⁶ KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 221.

¹⁹⁷ ALEXY, R. *Die Natur der Rechtsphilosophie*. In: BRUGGER, W. et al. (Hrsg.). **Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, S. 11-25, S. 20-21 *apud* LUDWIG, 2014, p. 325.

Essa natureza dual do direito inclui ao mesmo tempo e necessariamente uma dimensão real ou fática e outra ideal ou crítica. “O lado fático se reflete nos elementos definicionais da decretação em conformidade com a ordem e da eficácia social; a ideal, na correção moral.”¹⁹⁸

Esse enfoque importante foi desenvolvido por Ludwig por ser umbilicalmente relacionado com as normas de direitos fundamentais associadas, pois possibilitou que uma norma tenha por objeto direitos fundamentais sem estar diretamente posta no texto constitucional.

Mas o que mais interessa é a expansão desse raciocínio na teoria de Alexy:

[...] a tese da natureza dual é não somente capaz de resolver o problema do positivismo jurídico, como também de enfrentar todas as questões fundamentais do direito. Exemplos são a relação entre **democracia deliberativa e democracia qua procedimento de tomada de decisão de acordo com o princípio majoritário**; a conexão entre direitos humanos como direitos morais e direitos fundamentais como direitos positivos; **a relação entre revisão constitucional qua representação ideal do povo e legislação parlamentar**; o compromisso da argumentação jurídica tanto para com razões autoritativas como para não-autoritativas; e a distinção entre regras enquanto expressão de um dever-ser real e princípios enquanto expressão de sua contrapartida ideal. Tudo isso frisa o ponto de que a natureza dual do direito é o traço mais essencial do direito.¹⁹⁹

Retomar-se-ão, na terceira parte deste trabalho, essas considerações. Evidentemente, não se almeja justificar uma “moralização material” do direito, tampouco fixações de normas subjetivas de direitos fundamentais.

2.2.3 Conceito de direitos fundamentais

É difícil nas ciências humanas, segundo Alexy²⁰⁰, a não contribuição na discussão acerca dos direitos fundamentais. Nessa há as que explicam os desenvolvimentos (histórica), esclarecimentos dos fundamentos (filosóficas) e aquelas sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social (sociológica).

Porém, como bem destacou Ludwig²⁰¹, todo direito fundamental é expresso por alguma norma de direito fundamental, mas podem existir normas de direito

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ ALEXY, R. *The dual nature of law*. In: **Ratio Juris**, v. 23, n. 2, Jun 2010, p. 167-182 *apud* LUDWIG, 2014, p. 326.

²⁰⁰ ALEXY, 1997a, p. 27-28, em português p. 31.

²⁰¹ LUDWIG, 2014, p. 353.

fundamental que refletem direitos subjetivos, daí se diz possível identificar a fundamentalidade dessas através sob ângulo material e formal. Nesse sentido, o conceito de direitos fundamentais também está conectado à limitação dos poderes, bem como princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da democracia.

A teoria dos direitos fundamentais é estrutural, e a teoria dos princípios é limpa de valores insustentáveis²⁰². Isso significa que deve ser em altas medidas a fundamentação racional das normas jus fundamentais tanto no acesso quanto no controle. Nesse sentido, Alexy edifica o conceito de direito fundamental como um todo ou completo, observado como uma unidade, na seguinte transcrição:

num feixe de posições que podem ser associadas a uma determinação de direito fundamental, mediante um procedimento correto de precisção e fundamentação²⁰³.

A força aglutinante que reúne as posições são normas associadas, determinações que às posições jurídicas equivalem a normas de direito fundamental que as conferem. Casos práticos demonstram que a formulação do direito está unida com sua fundamentação. A descrição que uma decisão pode fazer de uma relação entre meios e finalidades e a fundamentação que daí extrai findam por estabelecer a própria formulação do direito a ações do Estado no sentido de organização de espaço necessário para possibilitar o exercício da livre atividade científica.

Além da variedade desses elementos reuníveis em um feixe, segundo Alexy²⁰⁴, são relevantes as relações que existem entre tais elementos (normas e posições): (1) relações de precisção; (2) meio-finalidade, que determina seleção e exclusão de finalidades, ou exclusão de meios; e (3) ponderação, a mais importante, porque pode determinar significado e estabelecer a relação entre uma posição *prima facie* e outra definitiva nos moldes da lei de ponderação.

Ludwig²⁰⁵ ressalta que é ultrapassada uma concepção que se apoia no ponto de vista de uma teoria da comunicação que ainda faz pressupor o antagonismo Estado-cidadão, tratando como regra aquilo que é um caso-limite, que é o conflito direto dentro de um sistema fechado, onde um superior é sempre e totalmente

²⁰² ALEXY, 1997a, p. 239, em português p. 144 ss.

²⁰³ ALEXY, 1997a, S. 241-242, em português p. 249-250.

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ LUDWIG, 2014, p. 373-374.

superior, devendo ser colocado dentro de limites pelo direito. **A função do direito fundamental vai além de questões de poder e, especificamente, da defesa do indivíduo contra um Estado poderoso.**

Ao ultrapassar a posição estática com posições definitivas, outra consequência é a complexidade. Porquanto a controvérsia sobre o que resulta ser o objeto de certo direito fundamental transfere-se para a controvérsia sobre quais posições se podem associar a certa determinação fundamenta, isto é, quais normas associadas têm lugar em relação a certo texto constitucional; por fim, a controvérsia passa para o âmbito do procedimento e das regras segundo as quais se processa essa associação. Isso diz tanto com questões sobre interpretação, como sobre argumentação jurídica, tendo a ponderação como base do conceito fundamental como um todo, inclusive na estrutura normativa advinda da teoria dos princípios.

2.2.4 Classificação liberal-analítica dos direitos fundamentais

A teoria dos *status* de Jellinek contemplou a diversidade funcional dos direitos fundamentais, isto é, as faculdades da relação duradoura do indivíduo para com o Estado, sendo o conceito de *status* desenvolvido em quatro tipos: *status* negativo (liberdade), o positivo (posição de exigir prestações positivas), o passivo (sujeição à vontade do Estado) e o ativo (participação na formação da vontade do Estado).

Alexy, usufruindo e aprofundando a teoria de Jellinek, reorganizou os direitos fundamentais e exibiu uma classificação inovadora²⁰⁶. Progrediu na ideia de direito público subjetivo desenvolvida pela teoria dos *status*; elaborou de forma ordenada e estruturada o conceito de direito fundamental subjetivo. A operabilidade desse direito fundamental subjetivo somente se faz possível graças à teoria do feixe e ao conceito de posições jurídicas fundamentais, de modo que o direito fundamental é, então, definido como um feixe de posições jurídicas fundamentais.

Houve, na classificação alexyana, uma contemplação das possibilidades deônticas (ser permitido, ser ordenado e ser proibido) com os *status*, gerando uma classificação dos direitos fundamentais em três (3) diferentes posições ou feixes jurídicos. O primeiro, ***direito a algo***, que se subdivide em direitos a ações negativas ou de defesa e a ações positivas ou direitos a prestações, em sentido amplo,

²⁰⁶ ALEXY, 1997b, S. 171-194.

subdividido em direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais fundamentais.

O segundo, *liberdades*, divididas em liberdades armadas e não armadas²⁰⁷, a depender, respectivamente, de que a modalidade deôntica da permissão para certa ação seja, ou não, acompanhada de um mandamento de proteção dirigido ao Estado. E, *competências*, que podem ser positivas como negativas (do Estado), não é uma mera permissão de fazer, têm caráter de ação institucional ou pressupõem regras constitutivas cuja infração não gera ilicitude e, sim, mera deficiência ou nulidade do ato²⁰⁸.

A classificação alexyana é especialmente importante porque deixa bem marcada a posição de liberal da teoria dos direitos fundamentais. Na ideia de proteção (mais ampla e positiva, ou seja, conferir direitos a prestações) e de defesa (ideia clássica, liberal, negativa), a grande diferença reside em que na defesa é proibida a intervenção do Estado, enquanto na proteção, além da proibição de intervenção do Estado, é exigido deste que se encarregue de assegurar a abstenção de intervenções de terceiros.

Outras distinções interessantes abrigam os direitos de organização e procedimento, entre os quais Alexy enumera quatro grupos de acordo com o objeto desses direitos, a saber: a) competências de direito privado (os direitos aqui são que o Estado formule normas constitutivas para ações jurídicas de direito privado, ou seja, procedimentos para criação do direito pelos cidadãos); b) procedimento em sentido estrito (judiciais e administrativos); são os direitos a uma proteção jurídica efetiva, especialmente dos direitos fundamentais; c) organização em sentido estrito (direito universitário, de radiodifusão e cogestão, ou seja, direito a uma regulação da cooperação de numerosas pessoas orientada a determinados fins); e d) formação da vontade estatal (direito a que o Estado formule normas que facultem procedimentos de participação na formação da vontade estatal).

²⁰⁷ LUDWIG, 2014, p. 371, elucidou que “Alexy usa a expressão *Freiheiten* e, respectivamente, *bewehrte Freiheiten* (liberdades armadas com proteção jurídica) e *unbewehrte Freiheiten* (liberdades não armadas de proteção). Só há liberdade jurídica quando houver uma alternativa de ação. A liberdade negativa é a que tem por objeto uma alternativa de ação. A positiva é a que permite certa ação. As **liberdades não armadas** são uma permissão para fazer algo mais que a liberdade de não fazer algo. Porém, elas não implicam o direito a não ser obstaculizado no gozo desta liberdade; se houver uma proteção para o gozo munida de correspondente instrumento jurídico, então será uma **liberdade armada**”.

²⁰⁸ALEXY, 1997a, p. 210-239, em português p. 218-249.

Quanto aos direitos sociais fundamentais, como ao trabalho, à moradia, educação e previdência, são direitos do indivíduo contra o Estado a uma prestação. Alexy vê neste campo grande variedade de normas fundamentais, que pode ser quanto ao grau de vinculação, quanto à definitividade e quanto ao caráter objetivo ou subjetivo. Vislumbra-se aqui a grave questão da tensão entre liberdade e direitos sociais, cuja solução será dividida na observância das diferenças normativas e na aplicação da teoria dos princípios.

A grande relevância dos direitos sociais fundamentais dá-se, por um lado, pela circunstância de que faz emergir discussões profundas de cunho da justiça distributiva e, por outro, pela maior dependência do procedimento de associação maior parcimônia de determinações constitucionais textuais²⁰⁹.

Ponto alto, na teoria alexyana, é a cientificidade da discussão de princípios como normas dotadas de funtores deônticos e submetidas a procedimentos controláveis de ponderação, que é um sentido contrário das “axiologias flutuantes sobre uma terminologia constitucional semanticamente aberta”²¹⁰.

Enfim, ressaltamos que Alexy registra modelos de fundamentação²¹¹ dos direitos humanos/fundamentais e, após afastar os referidos modelos ou abordagens, sustenta que somente uma teoria do discurso, cujo centro consiste no argumentar racionalmente (*reasoning*), pode estabelecer uma validade universal dos direitos humanos, pois só ela pode tornar explícito o que vai implícito na prática humana.

Na sétima abordagem, oferece-se uma explicação em três passos: (1) as práticas de dar e pedir razões implicam regras do discurso; (2) necessidade da prática discursiva; (3) transição do discurso à ação, o que pressupõe a autonomia, consenso em discurso ideal e a união entre teoria do discurso, democracia e direitos humanos²¹².

²⁰⁹ ALEXY, 1997b, S. 420.

²¹⁰ LUDWIG, 2014, p. 368-369.

²¹¹ Apresentou seis modelos: o religioso, o intuicionista, o consensual, o sociobiológico, o instrumentalístico e o cultural. ALEXY, R. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, A. J.; ERIKSEN, E. O. (eds). **Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives.** *Arena Report*, Oslo, n. 9, 2004, p. 35-51. Disponível em <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/reports/2004/Report_09_04.pdf> Acesso em: 19 nov. 2014.

²¹² ALEXY, Robert. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín J.; ERIKSEN, Erik O. (eds). **Fundamental rights through discourse: on Robert Alexy's legal theory. European and theoretical perspectives.** Oslo: Arena Report, n. 9, 2004, p. 35-51. Disponível em: <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/reports/2004/Report_09_04.pdf> Acesso em: 19 nov. 2014.

2.2.5 A concepção alexyana de direitos fundamentais sociais

A validade de uma norma há quando for identificada a origem numa fonte formal, conforme a teoria tradicional das fontes²¹³. Assim, sob a perspectiva da fonte do direito, pode ser questionado sobre onde se encontram formalmente normas dos direitos sociais que, diferentemente das normas de direitos fundamentais, não são sempre ligadas à lei constitucional. Nesse contexto também são inseridas as determinações de direitos fundamentais (*Grundrechtsbestimmungen*)²¹⁴.

A indeterminação normativa inclui a indeterminação semântica que é comum a todas as disposições normativas. É caracterizada, segundo Gavião Filho²¹⁵, “sempre que de uma disposição jurídica não se pode retirar de maneira exaustiva o conjunto total de seu significado normativo”. Essa indeterminação advém, especialmente, pelo fato de que a constituição é um documento político antes de se haver concepções jurídico-sistemáticas²¹⁶.

Nesse sentido, deve ser compreendido que as normas de direitos fundamentais não estatuídas diretamente da Constituição têm a mesma qualidade de direito fundamental das normas diretamente estatuídas e, por essa razão, se livram do jogo político, das maiorias parlamentares conjunturais e episódicas, das peripécias da governabilidade e da discricionariedade em geral. Não há

²¹³ A sintetização primorosa de LUDWIG, 2014, p. 311-312 sobre validade merece a transcrição: “termo cujo referente consiste num dever-ser, acerca de cuja proposição se pode predicar a validade (ou a invalidade), e não um fato, integrante do universo ôntico (ser), acerca de cuja proposição se pode predicar a verdade (ou falsidade)”. Apesar de ressaltar no plano específico das normas de direitos fundamentais associadas, pode expandir para outras normas constitucionais. Avalia-se no plano prático jurídico, iluminados “pela teoria da argumenática, regida pela deontologia e por uma concepção de verdade que não se limite à semântica, mas inclua a dimensão pragmática”.

²¹⁴ Razões para utilização dessa terminologia encontra-se em LUDWIG, 2014, p. 61. Em ALEXY, 1997a, p. 532 em português p. 551, as normas de direito fundamental têm um caráter duplo, como regras ou princípios.

²¹⁵ GAVIÃO FILHO, A. P. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 35. Pulido elenca da indeterminação normativa, distribuídas da seguinte forma: 1) a indeterminação semântica *stricto sensu* (ambiguidade, vagueza e abertura dos termos); 2) a indeterminação sintática (incerteza gerada pelas relações entre os termos); 3) a indeterminação estrutural (possibilidade de uma norma ser cumprida de diferentes maneiras); 4) a redundância (concorrência de disposições fundamentais para o mesmo direito fundamental); e 5) a indeterminação pragmática (dúvidas sobre o caráter normativo de certas expressões textuais). O proveito dessa classificação, porém, reduz-se à indicação da multidimensionalidade causal e da sua relação quase direta com as dimensões da linguagem, o que deve ser considerado na interpretação de direitos fundamentais (PULIDO, C. B. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 99-110).

²¹⁶ BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 28.

permanência na legislação ordinária; o caminho é o da interpretação constitucional e esta é a hierarquia.

A Constituição Federal de 1988 instituiu os direitos sociais, porém coube à jurisprudência avançar e consolidar esses direitos daquela natureza, inclusive com utilizações da interpretação associada a normas não escritas constitucionalmente. Nos direitos sociais, quando numa interpretação constitucional como direitos fundamentais tem de associar tais normas a determinações que não expressam normas que concedam direitos subjetivos²¹⁷ a prestações, o fundamento tem que ser objetivo, que muito difere muito da discricionariedade judicial²¹⁸.

O direito enquanto ciência de um campo do dever-ser envolve três funções normativas ou deônticas, que ultrapassam o puro silogismo dedutivo e trafega com discurso argumentativo que inclui os argumentos substanciais. Nas discussões sobre elementos morais no direito vislumbram-se diversos aspectos que apontam a necessidades de elementos de justificação externa e conteúdos morais próprios dos direitos humanos na interpretação de direitos fundamentais de escassa regulação textual, como os direitos sociais. No entanto, deve-se ter atenção para tentativas de **moralização material do direito**, bem como a **arbitrária fixação de normas subjetivas de direitos fundamentais**.

A concepção procedimental de Alexy dos direitos fundamentais que distingue do conceito formal não os restringe a um catálogo. Se assim não é, pode haver violação ao princípio da democracia ao se invadir o campo legislativo²¹⁹.

Ludwig examinou amplamente regras do processo de associação na concepção formal procedimental de direito fundamental em conjunto com a ideia de institucionalização. Nesse contexto, enfatizou que as normas de direitos fundamentais associadas, no campo dos direitos sociais, são a perfeita ilustração da “gravidade do problema também pelo motivo de que esse terreno é deveras conflituoso”²²⁰. Tanto que Alexy “atribui a qualidade da “explosividade política”

²¹⁷ Nem sempre as normas associadas sempre equivalem a direitos subjetivos, porquanto podem corresponder a outros tipos de posições dentro do conceito de direito fundamental, tomado como feixe de posições.

²¹⁸ ALEXY, 1997a, p. 419 em português p. 433. Alexy exemplifica com decisões do Tribunal Constitucional sobre a assistência social mínima ou o direito fundamental a um “mínimo vital”, do *numerus clausus* (número de vagas de estudo) e da organização do ensino universitário (direito a prestação normativa).

²¹⁹ ALEXY, 1997a, p. 435 em português p. 450.

²²⁰ LUDWIG, 2014, p. 328.

(*politische Brisanz*)²²¹ pelas inevitáveis implicações político-ideológicas que acarreta, em especial nos efeitos redistributivos dos direitos fundamentais sociais.

Alexy defende a integração dos direitos sociais através da imposição de tributos aos contribuintes com intervenção nos direitos fundamentais dos mesmos para que o tesouro público custeie prestações relativas ao mínimo existencial; ou a imposição do custo de direitos sociais diretamente a terceiros como, por exemplo, as empresas.

Zippelius alerta que os efeitos da atuação jurisdicional em relação à política social em geral:

Em suma, uma política social condicionada à situação não se deixa programar plenamente por meio de um esquema rígido de enunciados de direito constitucional nem se deixa traduzir em cada detalhe num sistema de pretensões de direito fundamental²²².

Os direitos sociais fundamentais, segundo Ludwig, são o lugar por excelência de afloramento de normas de direitos fundamentais associadas porque residem além do diretamente estatuído do conjunto de fixações do que é ordenado, proibido ou permitido no texto constitucional, a ser apurado no caso concreto. A importância da subjetivação dos direitos fundamentais com pouca regulação constitucional repousa na característica de princípio das normas fundamentais e a sua imponibilidade²²³.

Enfim, Alexy não menospreza os problemas políticos porque defende o Direito como discurso e possuidor de uma pretensão de correção²²⁴, que engloba tanto a moral quanto a política. Ludwig acentua que, na teoria do Alexy, não se professa a

²²¹ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 426-427, também interligado com 189 a 194, e 395 189 ; **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 440-442. Também examinado em ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: _____. **Constitucionalismo discursivo**, p. 55-69.

²²² ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, S. 356 *apud* LUDWIG, 2014, p. 328.

²²³ LUDWIG, p. 552 e 566. O jurista fez uma análise da construção da decisão do STF, no exercício da função de proteger os direitos fundamentais contra as decisões da maioria, sobre a proteção jurídica dos casais homoafetivos, que foi da junção de determinações de direito fundamental constitucionais com caráter de princípios como da igualdade e da dignidade. Dessa decisão advieram outras concedendo direitos sociais constitucionais como a licença-maternidade e licença-paternidade, entre outros.

²²⁴ Segundo GAVIÃO FILHO, op. cit., p. 136, a pretensão de correção no discurso jurídico não se refere a que as proposições normativas sejam absolutamente racionais, senão **fundamentáveis racionalmente no ordenamento jurídico válido**.

inelutabilidade das determinações já sedimentadas, nem a sujeição aos consensos historicamente dados, bem como a colisão de interesses e a participação dos indivíduos na interpretação de suas/seus necessidades/interesses estão na base da teoria do discurso que molda, também, a teoria do discurso jurídico”. Também pontua que a subsistência dos direitos fundamentais, numa sociedade organizada politicamente, é possível quando se puder fazê-lo de forma que **a interpretação e a aplicação sejam rastreáveis racionalmente.**

2.2.6 A forma de argumentação de direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade

A solução de conflitos dos direitos fundamentais é através da mitigação de um direito em detrimento de outro. Alexy, desta forma, desenvolveu que a própria relativização da incompatibilidade com os direitos fundamentais seria a solução conflituosa entre a liberdade e outros direitos.²²⁵

O alicerce constitucional da proporcionalidade é a dignidade da pessoa humana²²⁶ que reconhece a necessidade e a garantia dos direitos fundamentais. Essa coexistência constitucional, entre direitos e garantias constitucionais expressos e implícitos, decorre do regime e dos princípios por ela adotados.²²⁷

A teoria dos princípios está, inegavelmente, ligada à máxima da proporcionalidade por causa da necessidade de sopesar a relevância da aplicação de cada princípio no caso concreto. No modelo de princípios, é possível falar em restrição a direitos fundamentais.

A natureza principiológica das normas de direitos fundamentais decorre da restrição e a restringibilidade dos direitos fundamentais entre os princípios colidentes.²²⁸ Essa garantia do conteúdo essencial não cria na proporcionalidade nenhum limite adicional à restrição jusfundamental, pois é suficiente que as razões que justifiquem a afetação de um direito tenham a mesma relevância. Neste sentido, Alexy esclarece:

²²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 391.

²²⁶ Art. 1º. da CF

²²⁷ Art. 5º, § 2º CF § 2º “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

²²⁸ ALEXY, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 295-296.

A lei do sopesamento exige, no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente²²⁹ (ALEXY, 2008, p. 352).

Outro ponto importante, é que os direitos fundamentais não podem ser divididos de uma forma tão refinada que excluam impasses estruturais que poderiam torná-los sem importância – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância.²³⁰

Alexy recorreu ao conceito da ciência econômica de curvas de indiferença (relação de substituição de bens que obedecem à lei da decrescente taxa marginal de substituição) na ponderação. Mas o aproveitamento desse conceito para ponderação de direitos fundamentais faz-se por meio da ideia de “**curvas de indiferença corretas**” que são estabelecidas por um tribunal constitucional.

Nesta direção são examinados os (sub)princípios da **idoneidade**, que é ligado com a ideia de otimização, nos moldes de Pareto, entre dois princípios opostos; da **necessidade**, pede que se escolha aquele meio que intervenha menos em princípio oposto; e o da **ponderação propriamente dito** que tem o seguinte: “Quanto mais alto é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior tem de ser a importância do cumprimento do outro.”²³¹

Ludwig²³² ressalta que o princípio da proporcionalidade como guia da ponderação não representa garantia contra um abuso retórico quando não poderia ser mais um sinônimo de racionalidade e bom senso, que poderia ser tomado como um conceito vago de serventia geral e que poderia apenas dourar um argumento fraco. Assim, observou que por detrás da estrutura argumentativa da proporcionalidade operam-se diferentes modelos de argumentação.

2.2.6.1 Proporcionalidade como proibição de excesso na intervenção em direitos fundamentais

É considerado o limite das barreiras ou barreira-barreira porque restringi a restringibilidade dos direitos fundamentais; vem sendo particularmente utilizado para medir a vinculação do legislador nas reservas de lei e também para examinar a

²²⁹ Ibidem p. 352.

²³⁰ Ibidem p. 611.

²³¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 111.

²³² LUDWIG, p. 448.

solução das colisões de direitos fundamentais. Os passos são quatro²³³: identificação isolada de finalidade(s) e meio(s) que permite clareza quanto ao campo de atuação do princípio e evita a antecipação da ponderação ou a seleção indevida de possibilidades; idoneidade ou propriedade, ou utilidade do meio para a finalidade, aqui basta uma aptidão parcial, pois só o meio completamente imprestável é inconstitucional; a necessidade do meio e da lei que o elegeu, podem ser pesquisados não somente meios mais suaves, que menos intensamente interfiram no direito fundamental e que atendam, com a mesma eficácia e intensidade, todas as finalidades eleitas pelo legislador; no exercício de sua prerrogativa de estimação; e, por fim, o proporcionalidade em sentido estrito, cuida-se do momento da ponderação de vantagens e desvantagens, que não busca a otimização de todas as imagináveis relações finalidade-meio, por ser reservada à prerrogativa do legislador.

2.2.6.2 Proporcionalidade como proibição de insuficiência em deveres de proteção de direitos fundamentais

Na ponderação com direitos de proteção há peculiaridades que desembocam em resistências em razão de uma expansão e de consequente hiperconstitucionalização do direito, prefere a redução do espectro dos direitos fundamentais à defesa do indivíduo contra o estado.

Assim, há um temor de inflação da jurisdição constitucional. Mas, ao invés de um retrocesso ao estado liberal ou, de uma superdeterminação de todo o direito infraconstitucional pela constituição, Alexy apresenta um terceiro caminho que são deveres de proteção estruturados.²³⁴ A questão central, conforme desenvolvida na parte primeira deste trabalho, do modelo de estruturação da ponderação com direitos de proteção, é a alternatividade das possibilidades de proteção.

Aqui, em regra, ao tribunal compete apenas uma instância de controle, pois lhe incumbe somente comprovar se um dever de proteção está violado por omissão de medida suficiente; não lhe cabe dizer como o dever de proteção deveria ser

²³³ MICHAEL, Lothar. *Grundfälle zur Verhältnismässigkeit*. **JuS**, 2001, Heft 7, S. 654-659; Heft 8, S. 764-767; Heft 9, S. 866-870 *apud* LUDWIG, p. 448-551

²³⁴ ALEXY, Robert. *Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz*. In: SIECKMANN, Jan-R. (Hrsg.). **Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys**. Baden-Baden: Nomos, 2007, S. 105-121, S. 108 *apud* Ludwig p. 452-453.

cumprido, a não ser na situação em que somente um único é meio de maneira mais idônea, mais efetiva e mais conveniente basta à proteção.

2.2.6.3 *Proporcionalidade como barreira nos princípios da igualdade.*

O conceito de igualdade de tratamento no qual nenhuma diferença existe de tal espécie ou tal importância que possa justificar tratamento desigual, bem como no inverso, é ordenada uma diferenciação se uma regulação tiver consequências que não se pudesse mais justificar tratamento igual.

As possíveis violações ao princípio geral da igualdade, seja na proibição de discriminação, são anotadas que o princípio da proporcionalidade, para além de mero controle de arbitrariedade, somente se aplica em casos de desvantagens para um grupo por diferenciação associada a características pessoais (discriminação de uma minoria considerada qualitativa, não numericamente) ou em casos de atingimento dos direitos de liberdade por tratamento desigual; ou ainda aos direitos especiais de igualdade, isto é, na avaliação da justificação de diferenciações em face das especiais proibições de discriminação, ressalta Ludwig.²³⁵

2.3 DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo democrático é o resultado direto da formação de instituições democráticas. A natureza da democracia é levar o cidadão a sério, e neste sentido a afirmação de Alexy é contundente: “Democracia é, sob esse aspecto, reflexiva”²³⁶. A teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático porque coloca duas exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico: direitos fundamentais e democracia²³⁷.

A relação dos direitos fundamentais e democracia foi explicada através de três modelos por Alexy²³⁸. O primeiro, o ingênuo, que não consegue imaginar – e também não logra ver – a possibilidade de conflitos entre os direitos fundamentais e a democracia, apenas pela razão de que, sendo ambas as coisas boas e não

²³⁵ LUDWIG p. 454-456

²³⁶ ALEXY, R. Minha filosofia do direito a institucionalização da razão. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 28.

²³⁷ ALEXY, R. A institucionalização da razão, p. 33.

²³⁸ ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: **Constitucionalismo discursivo**, p. 52.

podendo haver conflito no interior do bem, aquele não seria sequer possível; neste Alexy foi categórico: “Essa perspectiva é muito bonita para ser verdadeira”.

No segundo, idealista, concede a possibilidade de haver finitude e escassez a determinar a ocorrência de conflito entre os bens da democracia e direitos fundamentais, mas que, no entanto, considera, à moda rousseauiana, que os cidadãos não têm a temer que leis ditadas pelo povo, numa democracia, venham a violar os seus direitos. E o terceiro, realista, preocupa-se com a institucionalização dos direitos do homem no mundo como ele é. Há uma consciência de que a relação entre democracia e direitos fundamentais caracteriza-se pela conflitividade e contraditoriedade, sendo um jogo em que direitos fundamentais e democracia ora se aliam, ora se combatem. Neste jogo, é inserida a representação argumentativa perante o tribunal constitucional, que atua para além da representação tradicional do cidadão.

A conexão entre discurso e direitos fundamentais tem uma função mediadora das ideias da liberdade e igualdade. Elas são condicionantes da racionalidade do discurso e, ao mesmo tempo, com elas está fundamentado o próprio núcleo dos direitos fundamentais.

A dualidade na concepção democrática, como procedimento de decisão e procedimento argumentação, gera a necessidade de institucionalização ou da democracia deliberativa.

2.3.1 Democracia de identidade como ameaça aos direitos fundamentais

A Teoria do Estado contemporânea há de conferir a devida atenção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, reconhece-se a dignidade da legislação, a ponto de sustentar que a democracia parlamentar, influenciada pela tradição do parlamento britânico com base no *common law*, é de se conceber histórica e teoricamente a partir da transposição do pensamento do processo jurídico para o processo político da legiferação em uma busca pela decisão mais racional possível; para esse fim, adotou-se a inclusão de todos no processo de criação do direito²³⁹. Porém, de maneira mais abrangente e sólida, Alexy defende a representação argumentativa.

²³⁹ Esta inclusão qualifica-se como um processo dialético. Porém, não significa “que se move *moto próprio* de polo em polo, entre positivities e negatividades à busca de uma síntese perfeita já dada”; também não significa um processo em que o singular sucumba ao universal. Nesse sentido, sobre a relação universal/singular no âmbito das ciências do espírito em face da temática da subsunção das ciências empíricas, assim como sobre a tomada de posição em relação à dialética hegeliana. A abertura e a contingência da história não podem ser suprimidas pela ideia de um processo dialético que tenha o condão de antecipar o exercício da liberdade, suprimindo-lhe a espontaneidade inerente (KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre*. 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 205 *apud* LUDWIG, 2014, p. 205-206).

Ignorar questões de poder pode leva a frustrações, bem como pode ser equivocada a concepção de que a complexidade dos direitos fundamentais a partir da acanhada fórmula da vetusta teoria da separação dos três poderes. Tanto que Loewenstein²⁴⁰ advertiu que os constitucionalistas liberais clássicos, obcecados pela mística da lei como expressão da vontade geral, tomada como instrumento da racionalização do poder, olvidaram o fato da liderança ou comando político, ou seja, que *as* funções estatais são, também, instrumentos de exercício de mando para um grupo social reduzido e articulado. Por isso, a separação de poderes, tomada como dogma na teoria tradicional, já não encontra eco na atual sociedade massificada e repleta de ideologias.

No coração da democracia, porém, persiste o desafio de explicar o problema da legitimidade, que se agudiza na atividade legislativa. Hesse encontra, então, a resposta no princípio da maioria, que se apresenta como um meio de legitimação dos governantes em face dos governados. Assim, direciona para uma justificativa funcional, segundo a qual a necessidade do princípio da maioria decorre de que, quando o princípio da conciliação não consegue resolver todas as questões, é necessário um modo que possibilite decidir.

Isso não significa que o princípio da maioria justifique qualquer decisão, assim como a sua defesa não implica adesão de Hesse ao decisionismo. E a sua repulsa a essa postura, também perfilhada por Alexy, introduz o tema das variantes possíveis do conceito de democracia, entre as quais algumas se podem reputar mais racionais que outras, e outras podem simplesmente ser incompatíveis com os pressupostos já assentados de uma teoria que confira um lugar relevante para os direitos

²⁴⁰ LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1970, p. 61. Uma posição contrária às funções estatais é a que questiona a concepção funcional hoje dominante na Teoria do Estado, que consiste em que o poder é justificado não mais pela sua fonte, mas pela função que ele cumpre, ou, dito de outro modo, o poder no Estado funcional é um poder legitimado pelos seus fins. Que pode ser um indicativo de uma sociedade ao mesmo tempo inquieta e acomodada, que deseja que o Estado gerencie todas as questões relevantes para a sobrevivência, de um modo racional e técnico (especialmente pelo planejamento), em detrimento da noção tradicional de política como luta pelo poder; assim, agora não é tão importante chegar ao poder, mas como exercê-lo (Cfr. BURDEAU, G. **O estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167; 137-176).

fundamentais e, mais especificamente, para a possibilidade de normas de direito fundamental associadas mediante argumentação.

Hesse²⁴¹, com efeito, tornou claro o posicionamento contra o decisionismo, isto é, a concepção material dos direitos fundamentais, o conceito de democracia e de poder que defende os aniquila, quando examinou o conceito de democracia e, especialmente, da democracia da identidade. Essa é uma tentativa de transformar em realidade identidade de governantes com governados sem mediação que não pode dar certo, pois leva em si o perigo de converter-se em domínio total.

De fato, o decisionismo, em geral, não se apresenta como solução adequada para a problemática dos direitos fundamentais porque repousa sobre uma concepção material dos mesmos e, sobretudo, porque o conceito de democracia e de poder que defende os aniquila.

Tomando como linha condutora do pensamento as ideias da necessidade da decisão política e de neutralidade num Estado de partido pluralista, Schmitt²⁴² buscava a unidade por meio do recurso à doutrina, desenvolvida inicialmente por Benjamin Constant, do poder neutro. Essa doutrina foi combatida por Kelsen em “Quem deve ser o guardião da Constituição?”²⁴³, no qual atacou o caráter ideológico, ressaltando a circunstância de que o maior perigo à Constituição consistia justamente no abuso da prerrogativa de o Presidente editar decretos de necessidade que autorizavam a suspensão de direitos fundamentais e o uso de força.

Também demonstrou que a própria ideia de neutralidade é um argumento a favor de uma jurisdição constitucional, ou seja, a guarda da constituição exercida por uma instituição que atuasse como controle constitucional sem participar do jogo político-partidário e do antagonismo parlamento/governo, pois exercida por magistrados dotados de prerrogativas funcionais que lhes assegurem independência e favorecida pelos mecanismos do processo judicial.

O maior risco na jurisdição constitucional, portanto, é quando se unem uma livre ponderação de valores e uma concepção material de constituição no seio de uma democracia da identidade. Nesse sentido, resume Ludwig²⁴⁴:

²⁴¹ HESSE, 1998, p. 118.

²⁴² Segundo Ludwig, 2014, p. 266, Kriele associou a democracia da identidade ao pensamento de Carl Schmitt, para quem, democracia significaria “identidade de dominantes e dominados”. Cfr. KRIELE, M. *Einführung in die Staatslehre*. 6., überarbeitete u. erweiterte Auflage. Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003, S. 242.

²⁴³ KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 237-298.

²⁴⁴ LUDWIG, 2014, p. 269.

Contra isso toda cautela é pouca, como advertido desde longa data por Kelsen. Nenhuma ênfase é demasiada quando se trata de mostrar, como ele o fez, que uma doutrina da democracia da identidade, calçada numa ideologia política vetusta (reelaborada) resistente à jurisdição constitucional, elabore uma teoria material da constituição cujo resultado será o enfraquecimento de uma das principais funções – se não a maior – de qualquer constituição, consistente na proteção dos direitos fundamentais.

O controle de constitucionalidade exercido por tribunal é que a representação argumentativa de Alexy ocorre desde que tribunais se têm ocupado em prestar jurisdição de defesa e proteção de direitos fundamentais. Assumir que se trata de uma representação argumentativa apenas agrega mais clareza e mais segurança a uma prática, pois lhe impõe consciência mais aguda de suas exigências e da sua responsabilidade. É claro que a ponderação faz exigências maiores à jurisdição constitucional. Mas como Alexy demonstrou quanto à tese do conteúdo essencial, a metodologia tradicional também utiliza de ponderações, ainda que não o reconheça e, assim, age com menor controle técnico e responsabilidade.

A previsão da separação de poderes e um catálogo de direitos veio somente após duas grandes guerras e as terríveis experiências totalitárias do fascismo, nazismo e estalinismo²⁴⁵. Aquelas exigências são vistas como mutuamente implicadas e fortemente unidas, de modo que a ordenação fundamental da comunidade tem de, necessariamente, passar pela proteção dos direitos fundamentais (e não mera declaração de direitos de liberdade) e a estrutura da organização do poder fique potencializada.

Entretanto, há um sentido para a unidade do poder político e para que a democracia aproxime-se do ideal de governo pelo povo, e que dentro do Estado reine paz. Mesmo com a cisão que o poder provoca entre governantes e governados, esta não é engendrada pela imposição de uma ideia unificadora, nem por um consenso popular de bases precárias e de riscos elevados, pois é possível

²⁴⁵ ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. No totalitarismo a ideia de representação se vê sufocada ou substituída pela da identidade da massa com o líder. O simulacro de partido, que envolve os demais órgãos estatais, é apenas expressão de um movimento; seu oposto não é outro partido que expresse interesses divergentes e racionalmente discutíveis, mas é a ficção do “inimigo objetivo” a ser eliminado. Pode se caracterizar, o totalitarismo, por amorfismo estrutural, com a diluição das estruturas e instituições que garantem a proteção do indivíduo e a racionalidade; dissolve-se a distinção entre lei e ética; a ligação de cada um com o líder é feita diretamente, mas como parte indefinida de uma massa identificada com o líder, não como indivíduo; não há camadas intermediárias a deter ou suavizar o poder, que é total; a sede do poder se faz misteriosa, e tudo o que se pede é obediência cega, cuja contrapartida não é a autoridade, mas o terror.

no consenso haver uma ambiguidade intrínseca porque pode incluir tanto a aceitação do que existe como daquilo que (apenas) se promete.

O sentido restrito e meramente regulativo da ideia de unidade na democracia reclama uma rearticulação do conceito de poder soberano. Para Kriele, pode-se pensar o governo do povo sem voltar para democracia da identidade, quando o soberano seria o povo, presente e capaz de agir e que se governa a si mesmo. Mas isso só poderia ocorrer como um princípio que expressa um ideal, um caso-limite teórico, impossível de ser concretizado na prática. O resultado prático consiste nas instituições do Estado constitucional democrático, ou seja, nas instituições que concretizam o princípio da democracia representativa, sob pena de incursão numa justificação da ditadura²⁴⁶.

O risco da ditadura, seja autoritária ou totalitária, nunca pode ser menosprezado por quem almeje a salvaguarda dos direitos fundamentais. É sob essa perspectiva que se mostra perigoso todo conceito de democracia que não consiga trabalhar com o conflito (que a democracia de identidade nega existência e o que conduz à tendência de reprimi-lo), que pressupõe uma teoria que abriga a discussão racional dos interesses pelos próprios envolvidos, o que implica a relação especial ou unidade entre democracia e direitos fundamentais²⁴⁷. A proteção constitucional assegurada à minoria em conflitos contra maioria, bem como a liberdade do processo político e dos participantes, é uma face importante da função democrática dos direitos fundamentais.

2.3.2 A dignidade e/ou neutralidade da legislação nos direitos fundamentais

Na sociedade dinâmica é inescapável a mediação através de órgãos especiais de direção e formação da vontade política. Dessa relação tensa entre povo e parlamento, foi necessário constitui em órgão especial competente e organizado institucionalmente, sem identificação material com o povo, para a decisão das questões fundamentais à coletividade. Órgãos especiais são importantes porque o povo não pode decidir sobre todos os assuntos da vida estatal, isto é, o povo não

²⁴⁶ KRIELE, 2009, p. 235.

²⁴⁷ HESSE, 1998, p. 118-9, 123 ss, e 138-9.

participa diretamente da formação da vontade política, por isso a necessidade de órgãos especiais²⁴⁸.

A concepção de democracia em uma forma dinâmica e concreta é um processo que se dá em conexão com a realidade de um povo com seus conflitos e suas instituições. Assim, a norma de que todo poder estatal emana do povo não simula uma unidade de vontade do povo, senão ela teria de pressupor aquela multiplicidade e divergência, que torna necessária sempre de novo a produção da unidade política como condição do nascimento e da atividade do poder estatal.

O princípio da maioria é parcialmente capaz de formar uma unidade, pois reúne em si a vontade da maioria, porém precisa de justificação adicional quanto aos dissidentes. Daí a necessidade de que haja oposições relativas que possam ser superadas e com possibilidade de alternância na formação da maioria. Em consequência, para que a Constituição não abandone as minorias à ditadura da maioria, deve prover mecanismos de oportunidade igual e de proteção das minorias, como a previsão de eleições regulares livres e iguais, sistema pluripartidário e a divisão dos poderes.

A neutralidade não é numa condição específica do Estado, nem uma redoma de indiferença, mas todo o Estado constituído pela ordem fundamental empenha-se pela proteção dos direitos fundamentais. Assim, Estado garante e protege a confissão religiosa e ideológica, mas ele próprio é religiosa e ideologicamente neutro, não religioso e ideologicamente indiferente.

Avulta a determinação de competências “negativas” aos poderes estatais (a começar do Poder Legislativo), para evitar qualquer violação dos direitos fundamentais. Mas, além desse aspecto negativo, a relação entre legislação e direitos fundamentais tem outro, de “natureza positiva”, que, para poder se tornar eficaz, a maioria dos direitos fundamentais carece de organização jurídica das

²⁴⁸ A necessidade da representação foi desenvolvida pelos maiores pensadores. Em Montesquieu: “A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disso, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia” (Cfr. MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171. Em Aristóteles, como bem lembrou Ludwig, já antevira o perigo, inerente às democracias, de que a força do número da maioria imperaria sobre as pessoas de bem; por essa razão recomendou que não se entreguem os cargos mais importantes à maioria dos cidadãos livres por causa da sua corrupção e ignorância, mas que, ao invés disso, pudessem participar através da eleição e censura (Cfr. ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 173. Também em KANT, I. **Sobre a paz perpétua**. Madrid: Aliança, 2012, p. 56 sentenciou: “Toda forma de governo que no sea representativa es em propriedade uma *no forma* [...]”, em português **À paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 141).

condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir, que inicialmente é dever da legislação²⁴⁹.

Nesse sentido, Alexy harmoniza a força vinculante dos direitos fundamentais com a dignidade e vinculatividade da lei. Exemplificando, o engate preciso entre as teorias da norma, da argumentação e dos princípios está no caráter duplo das normas de direitos fundamentais, que é de regras e princípios. Outro meio de ajuste consiste no arranjo entre a teoria da norma e a teoria dos *status*, que preside a ideia de direito fundamental como um feixe de posições, o que adensa e sofisticada entre direitos fundamentais e legislação, por meio de diferenciações das várias posições que se podem identificar na aplicação de direitos fundamentais²⁵⁰.

Nessas conciliações, a teoria dos direitos fundamentais não amesquinha o legislador, pois a apuração “dos conceitos definitórios de sua esfera de atuação, com a determinação do conteúdo e da extensão da sua vinculação à Constituição e ao controle pelo tribunal constitucional, é que traz a lume a verdadeira dignidade da legislação”²⁵¹, a qual supre a necessidade que os direitos fundamentais têm de organização jurídica.

Perquirir sobre neutralidade e/ou dignidade na legislação envolve, necessariamente, a jurisdição constitucional, que pode ser atingida frontalmente com atividades judiciais políticas, quando oriundas da manipulação de conceitos abertos, ou vagos porque ensejam a entrada da ideologia no lugar da ciência do direito²⁵².

Apesar de o poder discricionário dos juízes ser incontornável, há consequências, ou como quer Hart, há efeitos da “textura aberta” e do conseqüente poder discricionário ou criador dos juízes, embora os entendessem indesejáveis²⁵³. Os riscos à democracia, portanto, são cristalinos porque a injustiça é mais certa na flexibilização que na rigidez.

Waldron²⁵⁴ pretende resgatar a dignidade da atividade legislativa, da legislação e da lei, enquanto modo de governança importante, mas reputa prejuízos pela ênfase e o louvor que a filosofia do direito e a filosofia política vêm outorgando à atividade julgadora. A defesa da neutralidade da legislação é, em sentido amplo,

²⁴⁹ HESSE, 1998, p. 247.

²⁵⁰ ALEXY, 1997a, p. 535-536, em português p. 554-555 e ss.

²⁵¹ LUDWIG, 2014, p. 325. O magistrado acrescenta que Jeremy Waldron não conseguiu apanhar em toda a sua amplitude por carecer de maior familiaridade com a tradição dos direitos fundamentais.

²⁵² KELSEN, 2003.

²⁵³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 351-356. A posição de Hart é sociológica não radical, ou seja, não defende decisões eminentemente políticas.

²⁵⁴ WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

não considerando a força vinculante dos direitos fundamentais. Porém, volta, anacronicamente, ao empenho de reabilitar a dignidade do legislador e do parlamento como local de debate das grandes questões sociais e de configuração das decisões políticas.

A defesa liberal pela neutralidade da legislação é fundamento racional do temor de decisões judiciais baseadas em princípio e em revisão judicial de atos legislativos. A expansão da atividade estatal através do Judiciário pode representar risco de incursão nas avaliações que os indivíduos devem poder fazer livremente, ou seja, sem intervenção da legislação sobre as concepções de vida que pretendem seguir.

As deficiências do modelo ou do sistema são de diversos campos científicos. Porém, é essencial que haja um sistema político minimamente racional. Isso significa dar aos indivíduos mais oportunidades democráticas, sem prejuízo à estabilidade e ao funcionamento das instituições estatais.

É sedutor o conceito de justiça que reduz a pacificação dos conflitos que lhe subjaz e é de matiz hobbesiano, bem como o cálculo da maior ou menor injustiça advinda de uma visão de direito liberal de viés econômico, sem espaço para razão prática (kantiana). A concepção de justiça de Alexy tem um alcance universalista, que a impele a reconhecer como limites de qualquer cálculo estratégico, isto é, econômico ou de poder os direitos humanos e a democracia.

Dessa maneira, não é necessário desmerecer a atividade judicial e o poder de revisão dos atos legislativos. O poder de revisão reforça a importância do Legislativo. O Judiciário assegura o cumprimento das normas da atividade parlamentar e do processo legislativo, bem como serve de guardião da minoria ou de proteção em face da maioria legislativa, que o papel central do *judicial review* em desfavor de abusos e pela integridade da constituição democrática. E aqui mais uma vez evidência um déficit de teoria do Estado que prejudica o seu valor.

A relação entre parlamento e justiça, em especial quando se discute a quem deveria caber a guarda da Constituição no jogo de interesses e disputa pelo exercício do poder, não deve pressupor que o processo de exercício de poder esteja encerrado no processo legislativo. Na jurisdição constitucional há prosseguimentos essenciais como a dogmática dos espaços e dos princípios formais.

2.3.3 Sobre constitucionalização dos direitos fundamentais

A relação entre direitos fundamentais e democracia é próxima e profunda, mas não simples. A Constituição apresenta limites à jurisdição constitucional, que depura o risco de constitucionalização expansiva ou como se fosse o “ovo do mundo jurídico”²⁵⁵.

Nesse caso, haveria um deslocamento do eixo estatal da lei para o juiz, ou uma transformação do Estado de direito em Estado de justiça ou do juiz. Assim, elevando-se o número de juízes e a frequência dos recursos aos tribunais, os quais demandam abrangente sistema de jurisdição, especialmente à garantia constitucional da proteção jurídica, à edificação da jurisdição administrativa e, mais recentemente, à instauração da jurisdição constitucional.

Essa situação, em razão da crescente inflação no controle da discricionariedade, agravada ao uso de cláusulas gerais na legislação, torna a aplicação de norma pelos tribunais em estatuição de norma e acentua a dependência da administração em relação aos tribunais.

A interconexão de legislação e jurisdição para a realização do direito, quanto menos o legislador dispõe no direito, tanto mais a jurisdição tem de criar direito na efetivação deste. Doutrinariamente, constata-se a justicialização da vida pública e a crescente jurisdicização do ser do Estado, que exige a conscientização dos legisladores e tribunais da inalcançabilidade da perfeita justiça.

Hesse²⁵⁶ também percebe o perigo da interpretação inflacionária dos direitos fundamentais, em especial a perda da tarefa central dos direitos fundamentais como direitos humanos, que é assegurar condições fundamentais da vida individual e comum em liberdade e dignidade. No que se refere à harmonização entre historicidade e núcleo dos direitos fundamentais, nunca é demais destacar que os direitos fundamentais são, antes de tudo, direitos humanos, historicamente e de acordo com o seu significado atual. Neles se trata de condições fundamentais para o viver, individual e socialmente, em liberdade e com dignidade humana.

²⁵⁵ ALEXY, 2011, p. 75-76.

²⁵⁶ HESSE, K. *Bedeutung der Grundrechte*. In: BENDA, E. (Hrsg.). **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994, S. 160 apud LUDWIG, 2014, p. 279.

Se os direitos fundamentais devem assegurar eficazmente essas condições fundamentais, então não devem impedir a mudança histórica; ao mesmo tempo, nisso eles têm de ser conservados, sem “se” e “porém”, em sua essência própria e protegida.

A percepção de Hesse, todavia, não incide naquele risco porque, mesmo sendo a Constituição a ordem fundamental da coletividade, ainda assim não se confunde com a ordem total, nem lhe saca toda a virtualidade de regular a vida da coletividade.

2.3.4 Superidealização: o discurso de comprometimento de Alexy

Atienza crítica²⁵⁷ Alexy maldizendo a idealização de instituições democráticas, em especial, do tribunal constitucional, denominando de uma proposta de otimismo metafísico que talvez o expusesse ao ridículo, confrontado com posições mais realistas, céticas ou nihilistas. Trata-se da perspectiva inversa da crítica de teoria do direito quanto ao significado e à legitimidade de que os tribunais possuam o poder de afastar leis grosseiramente injustas, ainda que, como ironicamente apontado por Raz, optem por não fazê-lo.

Ludwig assegura que Alexy não pode ser considerado ingênuo, tampouco cínico defensor da realidade dada, pois há bastante risco derivado do discurso descomprometido que tira proveito do palavreado de sentido ambíguo e fórmulas vazias²⁵⁸. Quanto à suposta ingenuidade, Alexy a repudiou ao discorrer sobre os três modelos acerca da questão da relação entre direitos fundamentais e democracia.

O primeiro modelo descrito, que ele prontamente descarta, consiste no modo de ver ingênuo, que não consegue imaginar – e também não logra ver – a possibilidade de conflitos entre os direitos fundamentais e a democracia, apenas

²⁵⁷ Essa crítica é apresentada em quatro bases: (1) a mudança da perspectiva normativa para a descritiva que Alexy adotaria na passagem para o discurso jurídico; (2) a idealização, por Alexy, de algumas instituições centrais do direito moderno, como a dogmática e o processo; (3) o esquecimento de Alexy ao distinguir entre casos difíceis e fáceis dos *trágicos*, em que não há nenhuma resposta correta e que não podem ser decididos sem ferir o ordenamento jurídico; e (4) a tese da conexão necessária entre direito e moral seria passível de utilização ideológica, por permitir uma justificação do direito positivo, mesmo quando injusto. Cfr. ATIENZA, M. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 303-305.

²⁵⁸ ALEXY, 1997b, p. 20-21. Nesta obra resta claro que objetivo é trabalhar de forma racional os direitos fundamentais. Aos críticos dos direitos fundamentais imputa-os utilização de linguagem aberta, designada pejorativamente com os termos *Plastilimbegriffe*, ou seja, conceitos moldáveis (como massa de modelar), e *Leerformeln* (fórmulas vazias), entre outros.

pela razão de que, sendo ambas as coisas boas e não podendo haver conflito no interior do bem, aquele não seria sequer possível. Por esse modo de ver, poder-se-ia ter, ao mesmo tempo e ilimitadamente, direitos fundamentais e democracia.

Alexy é categórico: “essa perspectiva é muito bonita para ser verdadeira”²⁵⁹. O modo de ver idealista, caracterizado como aquele que concede a possibilidade de haver finitude e escassez a determinar a ocorrência de conflito entre os bens da democracia e direitos fundamentais, mas que, no entanto, considera à moda rousseuniana²⁶⁰, que os cidadãos não têm a temer que leis ditadas pelo povo, numa democracia, venham a violar os seus direitos.

O modo **realista**, defendido por Alexy, preocupa-se com a institucionalização dos direitos do homem no mundo como ele é, porque está consciente de que a relação entre democracia e direitos fundamentais caracteriza-se pela conflitividade e contraditoriedade. Nesse jogo, é introduzida a representação argumentativa perante o tribunal constitucional, que atua para além da representação tradicional do cidadão²⁶¹.

Alexy reconhece no constitucionalismo discursivo a melhor forma de institucionalização da razão e sustenta que o Estado constitucional democrático deixa-se fundamentar com o auxílio da teoria do discurso e, mais, é dependente desta. Todavia, está ciente dos perigos de uma *superidealização*²⁶².

A teoria não comporta exclusão de toda e qualquer idealização, porquanto não lograria manter partes essenciais que dependem de conceitos ideais ou referências a dever ser ideal. Porém, o que Alexy precisa afastar é a repulsa à teoria ao fundamento de que a representação puramente argumentativa seria uma quimera e que, com isso, contribuiria para a derrocada da jurisdição constitucional, ao invés da sua justificação.

Na teoria alexyana da razão institucionalizada, a ideia de uma representação concorrente à político-partidária estabeleceu ponto de tensão. Ainda que se possa desviar em parte do problema com o aceno a ideias regulativas, a solução não se mostra plenamente satisfatória. Não está em causa, na verdade, apenas uma teoria,

²⁵⁹ ALEXY, 2011b, p. 52.

²⁶⁰ Na defesa do caráter geral e abstrato da lei, enquanto representação da vontade geral que movimentará o corpo político constituído por meio do pacto social.

²⁶¹ ALEXY, R. Apresentação. In: ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**, p. 9 e 11, 2011b.

²⁶² ALEXY, 2011b, p. 164, “ao estado-empírico”.

mas a prática de tribunais e a atividade cotidiana da prática jurídica e também da política.

A grande questão diz com a racionalidade e a legitimidade dessa atuação jurídica em paralelo ou, em vários casos, em aberto conflito com a política. Como isso pode ser garantido? Que estruturas normativas e técnicas se fazem necessárias para aparelhar esse jogo tenso e complexo entre razão e realidade no plano de um estado concreto? A resposta a essas questões comporta duas atitudes.

Uma refere-se à modéstia quanto à pretensão de projetar a efetiva de aproximação do ideal posto pela ideia regulativa da correção. Afirma também com a atitude de moderação quanto ao limite de tensão a que pode ser submetida à realidade para atendimento de ideias regulativas. Alexy reputou muito as altas apostas feitas quanto à possibilidade de se exigir, para a legitimidade da democracia, que o processo deliberativo de fato concretize condições discursivas ideais, como a inclusão de todos os pontos de vista e argumentos, igualdade de oportunidades de participação, ausência de coerção ou engano; receptividade à força do melhor argumento, etc. O trecho merece transcrição pela felicidade na síntese:

Discursos ideais, isto é, discursos que são perfeitos em todos os aspectos, não podem, contudo, ser realizados no mundo real por pessoas reais. Insistir na realização de exigências ideais como uma condição para a legitimidade democrática tornaria inalcançável a legitimidade democrática.²⁶³

São duas as linhas de ação ou atitude à provocação feita. Refere-se ao esforço de **estruturar** teorias que possam dar conta de como realizar as altas exigências formuladas. Essas questões são o ponto de partida de uma teoria estrutural da norma, base da teoria dos princípios, e o ensejo para o desenvolvimento de uma teoria do direito fundamental que permita a rastreabilidade quanto à sua racionalidade, para além do que a teoria da argumentação se estabelece.

Portanto, tratar sob o ângulo principiológico os direitos fundamentais não resultam na sobreconstitucionalização, ou constitucionalização de todos os conflitos porque não se dissolve a vinculação à constituição, ou à lei.

²⁶³ ALEXY, 2011b, p. 33.

2.4 A PARTICIPAÇÃO INDIVIDUAL E GRUPOS SOCIAIS PARA FLORESCIMENTO DA CONCEPÇÃO FORMAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O entendimento de discurso, no âmbito sociológico, é geralmente, no sentido de foucaultiano, segundo Burkard e Precht²⁶⁴, isto é, compreende o elenco de condições que determinam o que, a partir da massa infindável do dizível, é efetivamente dito numa determinada época e numa determinada cultura. Aqui os discursos são descentralizados e complexos, eles se espalham pelos ramos científicos e instituições sociais e se influenciam, isto é, legitimam-se reciprocamente nesse processo. Em determinadas instituições os discursos podem se cristalizar imunizando-se ao se tornar pontos-chave da prática discursiva, apoiando sua difusão e legitimação.

Em cada sociedade a produção do discurso é controlada e selecionada para dominar a eventualidade imprevisível do discurso. Para as forças sociais, um potencial de poder considerável reside em poder determinar que tipos de conteúdo são autorizados no discurso, quais critérios de verdade são estabelecidos como fundamento e quem pode participar como falante interessado, pois diferentes instituições lutam pela hegemonia do discurso como a economia, política, religião.

Nesse contexto, a relação mútua entre o fático ou descritivo e o normativo aponta que o que vale normativamente num Estado é a questão fática, enquanto o conteúdo normativo das instituições legítimas é melhor perceptível sob a lente da história das lutas ideológicas. Tanto é assim que para reconhecer que razões não prevaleceram e sim espécies de interesses de poder político primeiro conhecem-se e examinam-se as razões que foram implementadas pelas perspectivas institucionais. E, após, demonstrar que tais razões carecem de plausibilidade e constituem apenas razões ideológicas simuladas ou pretextos inconscientes.

2.4.1 Movimentos sociais

O tema movimentos sociais consolidou-se como objeto junto com o nascimento da própria sociologia, segundo informa Gohn²⁶⁵. O termo movimento social (MS) surgiu em 1840, com Lorenz von Stein, que defendia estudos que se

²⁶⁴ BURKARD; PRECHET, 2008.

²⁶⁵ GOHN, op. cit., p. 330.

dedicassem aos movimentos do proletariado francês, bem como do comunismo e socialismo. A associação entre “redes” e ação coletiva foi apresentada por Simmel²⁶⁶, em 1922, que entendeu que os indivíduos possuem tanto filiações primárias, ou seja, aquelas com as quais nós nascemos e que independem da nossa vontade (causas orgânicas), como secundárias, aquelas que são por nós livremente escolhidas (causas racionais), bem como salientou que o problema científico da modernidade seria que o indivíduo, ao se filiar a vários grupos em combinações diversas, tornaria a análise de redes um enorme desafio metodológico.

Em 1939 foi apresentada por Blumer²⁶⁷ uma produção teórica de vanguarda ao avaliar ações coletivas sob os ângulos do jovem, da mulher e da paz. No entanto, movimento social como ação concatenada, solidária e ordeira com a participação de centenas, ou milhares de pessoas só foi vista a partir dos anos 1960.

Há diferentes concepções de movimentos sociais, porém há consensos em torno das características de mobilização coletiva, reivindicação de mudanças e ação coletiva²⁶⁸. A primeira pode ser abordada de diferentes modos nas teorias dos movimentos sociais tais como comportamento coletivo, ação coletiva, redes, ação conjunta. A reivindicação por mudanças na realidade social, com algum nível de organização, pode ter caráter não institucional.

Ação coletiva, para ser avaliada como um movimento social, há de ter continuidade temporal. No entanto, essas características podem estar regidas por diferentes princípios, isto é, podem estar ligadas à estrutura (micro ou macrosocial), à psicologia do comportamento social, à racionalidade e a dimensões culturais.

A participação política é a direção que o cidadão segue para alcançar sua autonomia, bem como é importante para a emancipação social com desenvolvendo da consciência crítica e cultura política. Em qualquer projeto político democrático não se reduz a um conjunto de interesses limitado a grupos; é necessário incorporar a visão do outro e do universal. Nos movimentos sociais há uma ruptura com a

²⁶⁶ SIMMEL, G. **Conflict and the web of group affiliations**. Glencoe: Free Press, 1922 *apud* TARRABERS, R.; BULOW, M U. **Movimentos sociais na teoria e na prática: como estudar o ativismo através da fronteira entre estado e sociedade?** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222011000300004&script=sci_arttext> Acesso em: 30 nov. 2013.

²⁶⁷ GOHN, M. G. **Novas teorias dos movimentos sociais**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2012, p. 22.

²⁶⁸ NUNES, J. H. **A teoria do frame e a análise dos novos movimentos sociais**. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1106&Itemid=353>

Acesso em: 15 mar. 2014.

tradição paternalista de apropriação das reivindicações populares e também para com a tradição clientelista, onde os cidadãos passam a ser os próprios agentes da construção democrática²⁶⁹. A cidadania constrói-se pela participação direta e indireta dos cidadãos, enquanto sujeitos políticos, não apenas para a solução de seus problemas sentidos, sem espaços públicos para que decisões coletivas possam ser cumpridas.

Nas descrições de Scherer-Warren, os MS podem ser expressos por lutas violentas ou não, reivindicações, pressões, apatia ou mesmo alienação, mas é comum uma organização em busca de libertação de algum tipo de opressão e para atuar na produção de uma sociedade com modificações. E define movimentos sociais da seguinte forma:

Uma ação grupal para transformação (a práxis) voltada para a realização dos mesmos objetivos (o projeto), sob a orientação mais ou menos consciente de princípios valorativos comuns (a ideologia) e sob uma organização diretiva mais ou menos definida (a organização e sua direção). Também, em sentido amplo e habermesiano entende-se que é um agir comunicativo, em que as ações coletivas são discutidas na esfera pública a partir dessa comunicabilidade.²⁷⁰

O Estado é visto, por vezes, como um inimigo no qual os movimentos sociais opõem-se. No entanto, a necessidade de estado e partidos sinaliza que devem ser evitadas análises simples e dicotômicas. Nesse sentido, a seguinte crítica:

A maioria das análises sobre movimentos teve implícita ou explicitamente um caráter apologético e dicotômico (Estado = mal X movimento = bem), imputando aos movimentos sociais urbanos um papel político que jamais tiveram e tomando um horizonte histórico de feições genético-finalistas, desembocando na liberação dos oprimidos e, em última instância, na superação das formas capitalistas de produção (2011. p. 12).²⁷¹

Paciomik salienta que a atual estrutura partidária brasileira, desenvolvida nos anos 1980, é em parte resultado dos movimentos sociais; enquanto nos EUA, a estrutura partidária estava em vigor há diversas décadas quando os movimentos

²⁶⁹ GOHN, M. G. **Movimentos sociais no início do século XXI: antigos e novos atores sociais**. Petrópolis: Vozes, 2003; **O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias**. São Paulo: Cortez, 2005.

²⁷⁰ SCHERER-WARREN, I. **Movimentos sociais: um ensaio de interpretação sociológica**. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 1989, p. 34.

²⁷¹ PACIOMIK, G. F. **Movimentos sociais e as novas tecnologias da informação e comunicação: um estudo de caso na zona sul da cidade de São Paulo, a Casa dos Meninos**. 2013. Dissertação (Mestrado) em Sociologia, Universidade Estadual de Campinas, 2013, p. 85 *apud* KOWARICK, L.; MARQUES, E. Introdução. In: **São Paulo: novos percursos e atores**. São Paulo: Editora 34, 2011.

sociais alteraram os paradigmas sociais americanos fortaleceram-se como os direitos civis que vigoraram.

O conceito de Castells amplo e generoso:

Movimentos sociais são ações coletivas realizadas com vista a um objetivo cujo resultado, em caso de sucesso como em caso de fracasso, transforma valores e as instituições da sociedade ²⁷²

As principais teorias dos movimentos sociais são:

- Teoria de Mobilização de Recursos (TMR): A era clássica (1930 a 1960) não teve amparo na sociologia ideias de revolução. Havia comodidade com a dominação no capitalismo tardio ou na sociedade de massa via consumo e domínio da individuação.²⁷³ A mobilização coletiva soava como irracionalidade ou reação a frustrações individuais, e essas explicações psicossociais refletiam no avanço dos regimes totalitários, segundo Angela Alonso²⁷⁴.
- Teoria do Processo Político (TPP): O enquadramento macro-histórico do fenômeno aparece na Teoria do Processo Político (TPP), pois parte de discussões sobre a revolução debatida no marxismo. Ambas as teorias insurgiram-se contra explicações deterministas e economicistas da ação coletiva e contra a ideia de um sujeito histórico universal, mas a TPP abre um pouco mais de espaço para a cultura na explicação da ação coletiva

²⁷² CASTELL, M. **Le pouvoir de L'identité**. Paris: Fayard, 1999, p. 538 *apud* SHIRATA, H. et al. (org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Unesp, 2000, p. 149.

²⁷³ Willian Gamson fez quatro conclusões sobre o sucesso de demandas coletivas tais foram: (1) grupos com um só tema são mais bem-sucedidos que grupos com múltiplas questões; (2) o uso de incentivos seletivos correlaciona-se positivamente com sucesso; (3) o uso de ações de ruptura ou violenta pode levar a resultados variados²⁷³; (4) é mais bem-sucedido o MS que, frequentemente, tende a não ser mais burocratizado, centralizado e homogêneo. Gamson frisou a importância da teoria da mobilização de recursos, que deixa de levar em conta outras portunidades potenciais (presença de líderes carismáticos ou oportunidades de eleições) como determinantes do sucesso do movimento, porque o olhar do estudioso é dominado para o papel das características organizacionais dentro dos movimentos. Porém, ao considerar disponibilidade de recursos, questionou as possíveis razões nas quais alguns movimentos que não têm os recursos (dinheiro ou grupos) institucionais fortes obtiveram sucesso como a Revolução Francesa, de 1789, e a Iraniana, de 1979. GAMSON, W. A. 1990. **The strategy of social protest**. Belmont, CA: Wadsworth. 2nd ed. *apud* TURNER, Sarah. **Success in social movements: looking at constitutional-based demands to determine the potential success of social movements**. Disponível em: <<http://polisci.indiana.edu/undergraduate/theses/Turner.pdf>> Acesso em: 3 jun. 2014.

²⁷⁴ ALONSO, A. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 49-86, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76a03.pdf>> Acesso em: 11 jun. 2014.

que a TMR. Os paradigmas da TMR e TPP são norte-americanos, mas englobaram casos europeus em análises²⁷⁵.

- Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS): A TNMS não difere da TPP quanto ao enquadramento macro-histórico e na associação entre mudança social e formas de conflitos. A especificidade é produção de uma interpretação efetivamente cultural para os MS.

2.4.2 Participação individual e coletiva na organização das funções estatais

A desconfiança e o pouco otimismo no desempenho da atividade política de Montesquieu foram condutores da análise sobre o legítimo exercício do poder político num governo moderado, capaz de manter-se por suas próprias leis e não pela força²⁷⁶.

Loewenstein reconheceu, na esteira de Montesquieu, que sistema de *checks and balances*, ao atribuir diferentes funções estatais aos diferentes órgãos estatais, é o melhor mecanismo de controle político. Esse permite a cooperação mútua na formação de vontade estatal válida. Mas o constitucionalista germânico acertou ao distanciar-se do filósofo francês ao demonstrar que a função de controle é distribuída aos detentores do poder (o governo, o parlamento e o eleitorado) e a inovação foi destacar outras formas de controle autônomo, como o plebiscito e o controle judicial de constitucionalidade.

Essas formas e outras de controle do exercício do poder encontram mais expressiva a finalidade na proteção dos direitos fundamentais dos membros da sociedade, pois a distribuição constitucional de tarefas e funções entre os detentores do poder têm de estar harmonizadas com a ideia da vinculação de todos com os direitos fundamentais.

Portanto, a teoria tradicional da separação em três poderes de Montesquieu foi rearranjada por Loewenstein ao propor uma classificação de funções: decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); execução da decisão (*policy execution*); e controle político (*policy control*), que inclui o controle judicial da constitucionalidade²⁷⁷.

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ MONTESQUIEU, 2005.

²⁷⁷ LOEWENSTEIN, 1970, p. 62 ss.

Decisões políticas fundamentais são raras e ocorrem em diferentes níveis, sendo que a mais importante é a constitucional. Também em um grau inferior há decisões conformadoras quanto a interesses e ideologias em confronto, sendo que a importância das massas populares diria mais com a confirmação dessas decisões, tomadas, via de regra, por elites.

As posições de Loewenstein são controvertidas quanto ao papel das elites, ao caráter do controle da constitucionalidade e ao conceito de decisões fundamentais. Mas foi importante a sua contribuição para a releitura do princípio tradicional da separação dos poderes, apesar de ser uma teoria que confere grande importância às elites e ao protagonismo.

A ênfase funcional do poder e da técnica da separação agrega racionalidade à estrutura do Estado, na exata medida em que se compreende o lugar, na teoria do poder, para os direitos fundamentais. Esse enfoque funcional possibilita a separação de funções com as finalidades defensivas, protetivas e promocionais dos direitos fundamentais.

Os espaços de configuração, aplicação e revisão de direitos fundamentais não podem estar distribuídos em desarmonia com os campos legítimos de atuação de cada detentor de poder, sob pena de perda de organicidade ou de efetividade dos direitos fundamentais.

A organização da estrutura estatal é essencial para a associação de normas não diretamente estatuídas, pois exige certa organização da estrutura do Estado para que seja possível um procedimento de discussão compatível com a ponderação de princípios em nível institucional²⁷⁸. Postula-se abertura de espaço para florescer a **concepção formal dos direitos fundamentais e procedimental da moralidade**, sendo que essa advém do reconhecimento da impossibilidade de uma teoria moral material que pretendesse oferecer uma resposta dotada de certeza intersubjetivamente cogente para cada questão moral.

Assim, nessa visão, há uma necessidade de uma estrutura democrática de Estado de direito que opere com direitos fundamentais em espaços e formas que contemplem a participação do indivíduo e dos grupos sociais, em que possam avaliar e ponderar seus próprios interesses, decidir sobre suas necessidades e estabelecer prioridades.

²⁷⁸ LUDWIG, 2014, p. 284.

A estrutura estatal, portanto, não pode deixar de prever ambientes de participação e procedimentos de canalização desse movimento que parte dos titulares dos direitos fundamentais. Essa estrutura não pode se fechar numa concepção material e considerar dispensável a discussão. **Esse é o viés mais atualizado da democracia, ou seja, o respeito à autodeterminação mediante a abertura para a participação na formação da vontade estatal e do direito que o rege, ou seja, muito além de eleições**²⁷⁹.

Zippelius liga a proteção dos direitos fundamentais à própria teoria da separação dos poderes, assim como a superação desta última por uma teoria das funções e de regulamentação do poder do Estado²⁸⁰. Sugere que o programa de controle do poder ultrapasse o tema clássico do equilíbrio dos poderes na organização do Estado e alcance os múltiplos domínios, com suas novas formas, de apresentação do poder.

Também acrescenta que, ao lado da descentralização, propiciada pela Federação ou por mera concessão de espaços administrativos autônomos, **pode a competência jurídica ser também confiada a entes privados ou transferida para os próprios cidadãos**, de modo que as regulações de interesses jurídico-vinculativas podem, assim, ser reservadas em larga medida **à conformação autônoma dos interessados afetados**²⁸¹.

2.4.3 NMS a legitimação político-social

Há conflitos de interesses que exigem uma resolução cooperativa ou gradual porque num nível de organização mais baixo ou carente não encontra resolução ou apenas uma resolução incompleta. Esse modelo, segundo Zipelius²⁸², no fundo, remonta à ideia kantiana da “sociabilidade insociável” do homem que transforma em sistema. Nesse, quando deixa às **forças particulares uma margem de atuação**

²⁷⁹ ZAGREBELSKY, G. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Ed. Trotta 2010, p. 13 *apud* LUDWIG, 2014, p. 284, “[...] porque la democracia pluralista, para conducir a una vida común a sus numerosos componentes sin hacer uso de la violencia, debe fundarse en valores abstractos, no concretos; formales o procedimentales, no materiales. La tolerancia, por ejemplo, nos dice que debemos reconocer e respetar nuestras diferencias; no dice nada, por el contrario, sobre el contenido de estas diferencias ni sobre el modo concreto de hacerlas convivir. La democracia promete procedimientos amistosos para dar solución a los conflictos políticos, pero es un método, no el contenido de una decisión.”

²⁸⁰ ZIPPELIUS, 1997, p. 295.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 295; 311.

²⁸² ZIPPELIUS, 1997, p. 29.

demasiada larga, resulta num déficit no equilíbrio socialmente justo dos interesses e no exercício da atividade política.

Essa espécie de sistema global de reciprocidade, no equilíbrio de forças particulares e instâncias de regulação central, torna-se suficientemente forte com exercício da razão pública, que hodiernamente pode ser vislumbrado nos NMS. Porém, é bom lembrar-se da abordagem da política deliberativa em Habermas e, principalmente, da defesa do autor de que a esfera pública é o espaço de todos os cidadãos (mulheres, negros, minorias raciais, trabalhadores) exercerem o direito à comunicação e participação política e tornarem-se politicamente autônomos.

A conquista dos movimentos sociais também pode ser avaliada sob o aspecto da normatização e legitimação dos espaços público-estatais, que têm como base a permanente ampliação das reformas sociais através de uma nova cultura política que ultrapasse os espaços estatais e as relações culturais internas²⁸³.

A regulação da vida humana é colocada em destaque pelos NMS, acentuando que o núcleo a ser combatido é a opressão de diversas formas, como machismo, sexismo e racismo, percebidos por diversas classes sociais. Os movimentos sociais tradicionais e socialistas passaram a ser considerados estorvos porque favorecem o desenvolvimento da produção material e não a humana.

O marxismo é criticado por ser um paradigma restrito à esfera social econômica e não vislumbra na sociedade atual, só na futura, as necessidades subjetivas. Nos NMS, o tempo e o espaço das lutas sociais inovam-se. As conquistas da vida são gozadas com imediatividade, e o espaço da regulação da vida é globalizado também em razão das relações de opressão.

A ação dos NMS é direcionada para conquistas atuais. A atuação dos sujeitos ocorre na riqueza da politização do espaço social das relações cotidianas. Daí a ênfase na democracia participativa, não apenas como interferência indireta nos programas estatais e na efetivação da cidadania legal, mas na ação política efetiva nas relações intersubjetivas, criando uma disputa de projeto construído autonomamente e conquistado, não apenas com a garantia de direitos, mas com a vivência cotidiana. A luta é pela realização da vida e não apenas pela garantia legal do direito à vida.

²⁸³ SANTOS, 2008, p. 19 e ss.

Nesse sentido, as ondas de protestos que se espalharam pelo mundo desde janeiro de 2011 produziram inúmeros debates. No Brasil, no começo dos protestos de 2013, as reações midiáticas e da população foram variadas. Porém, os protestos podem ser capturados por forças temerárias ou pré-democráticas que podem conduzir à negação completa da política, e até direitos humanos basilares, desembocando em saídas perigosas retrógradas como uma autoridade salvadora, ou atirar no estrangeiro/outro o peso de frustrações.

Apesar de ter sido uma resposta formal do governo federal aos MS, no Brasil, de julho de 2013 o decreto n° 8.284/2014 de *Política Nacional de Participação Social (PNPS)*²⁸⁴ foi uma tentativa de ser traduzir o espírito republicano no sistema constitucional brasileiro.

Reconhecia (na verdade fortalecia) mecanismos e espaços de participação direta da sociedade na gestão pública federal. Tinha por objetivo acompanhar a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de programas e políticas públicas. Na sociedade civil, base do processo, reforçava-se a importância de conselhos de políticas públicas (responsável por estimular a participação no processo decisório), uma conferência nacional (instância periódica de debate, de formulação e de avaliação), uma ouvidoria federal e audiências públicas como ferramentas de mobilização e participação social.

A PNPS trouxe controvérsias, apesar de não se ferir o regime democracia e nem usurpar as atribuições do Poder Legislativo. Na prática, não mudaria muito; seria um aprimoramento dos fóruns de participação existentes e criação de novos espaços e mecanismos institucionais de interação e acompanhamento.

O MS de julho de 2013, mesmo tendo sido um forte despertar no seio da nação brasileira, o impacto na sociedade teve uma visibilidade contraditória, que Gohn traduziu da seguinte forma:

Ora são heróis, glorificados como a boa-nova, o futuro; ora criticados violentamente, descaracterizados como vândalos, ingênuos, parte do “pensamento mágico”, tem relação com a sociedade (CHAÚÍ, 2013), sem mediação política, sem direção, liderança, etc. O grande problema dessas visões e abordagens é fato de **considerarem os jovens e as manifestações como um todo, um bloco homogêneo.**²⁸⁵

²⁸⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8284.htm> Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁸⁵ GOHN, M. G. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo.** Petrópolis: Vozes, 2014, p. 142 *apud* CHAÚÍ. M. Pela responsabilidade intelectual e política. **Revista Cult**, n. 182, p. 7-15.

Essa possibilidade de ampliação de fiscalização do Estado pelo povo²⁸⁶ almeja uma demanda coletiva e global, que “não é política e sim social” reflete uma união “pela recuperação de uma **dignidade**”²⁸⁷. **Esta, bem como a democracia, é coisa de cidadão individualizado.** No entanto, **privilegiar a formação de ativista cria uma espécie de hiato.**

Uma vez mais e sob outra vertente coloca-se a questão central que o arcabouço teórico da teoria do discurso prático racional pode ir além do puro ativismo acadêmico, que pouco convence e não argumenta.

2.4.4 Caminho do MS: ONG's à partidos políticos

Segundo Goulart²⁸⁸, num vasto campo de classificações, quem melhor objetiva as diferenças entre as abordagens entre normatização e luta classes, Vakaloulis denomina-as de ação coletiva e antagonismo social, respectivamente. Ação coletiva, nos MS tradicionais, vem das relações produção, tem base de análise marxista por reconhecer o conflito social fomento de mudanças. No entanto, essa caracterização não contempla os diferentes interesses dos sujeitos dos NMS²⁸⁹ como os culturais e de qualidade de vida, inclusive as diversas formas de opressão.

As críticas ao marxismo sedimentaram, contemporaneamente, por privilegiar o desenvolvimento da produção material em prol do desenvolvimento humano. As críticas aos liberais partem que as relações econômico-políticas aprofundaram a regulação e a opressão dos sujeitos sociais, aumentando a concorrência entre os indivíduos.

As interpelações do antagonismo social consideram atuais e necessários o conjunto teórico marxista como a dinâmica social classista, conceitos analíticos e o histórico da luta de classes que é fundamental na compreensão das conquistas dos

²⁸⁶ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” art. 1º. parágrafo único da CF, no Sistema Único de Saúde participação através de conselhos estão previstas art. 194, parágrafo único, VII; art. 198, III; art. 204, II.

²⁸⁷ GOHN, Maria da Glória. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo**, p. 7-15. Ibidem, p. 145.

²⁸⁸ GOULART, D. C. **As ciências sociais em duas tentativas de análise dos movimentos sociais no Brasil**. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/neils/downloads/02-debora.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2014 *apud* VAKALOULIS, M. “Antagonismo social e ação coletiva” In: LEHER, R.; SETÚBAL, M. (coords.). **Pensamento crítico e movimentos sociais: diálogos para uma nova práxis**. São Paulo: Cortez, 2005.

²⁸⁹ Conforme supra na Teoria dos Novos Movimentos Sociais (TNMS).

MS. Por isso, nessa visão não faz sentido discutir o surgimento dos NMS, porque os MS tradicionais continuam existindo e são necessários para compreensão da tradição. Evidentemente, é necessário um mapear, conforme ressaltou Ruth Cardoso²⁹⁰:

Decretar o nascimento de novos atores políticos, portadores de uma força transformadora, sem que a análise demonstre concretamente a novidade de seu papel mediador entre a sociedade civil e o Estado, parece incompleto. A simples existência empírica de manifestações populares não autoriza conclusões a respeito de sua função política, pois elas estão referidas a um contexto que precisa ser descrito. Falta um mapeamento das diferenças entre os vários movimentos sociais; das condições de sua eficácia e dos contextos políticos nas quais emergem. O processo de mobilização popular aparece, nestas interpretações, como resposta espontânea ao autoritarismo e à incompetência dos governos. Neste quadro, a atenção dos cientistas se volta para este sentimento “oposicionista democrático” das massas urbanas e deixa na sombra a atuação do Estado.

Examinar sob um ângulo diferenciado a observação proposta por reconfiguração das lutas do MS com efetiva participação nas decisões públicas, especialmente relacionadas ao núcleo dos direitos fundamentais é defendida. Uma leitura de um elo teórico, do mundo jurídico ao mundo sociológico, na formação de cidadão para o qual se dirige o Tribunal Constitucional é fundamental, pois não é suficiente lutar pela realização da vida e pela garantia legal do direito à vida se os fundamentos forem do **campo teórica-ativista e não teórico-acadêmico ou dogmático**.

A periodização e a estipulação de tendências paradigmáticas, conforme salientou Ilse Scherer-Warren, de ação coletiva de grupo inespecífico (denominada na prática e na teoria como movimento social de grupos) ou específico (sociedade civil), não significa que em cada fase haverá desaparecimento de tendências anteriores²⁹¹.

²⁹⁰ CARDOSO, R. **Movimentos sociais urbanos**: balanço crítico. In: SORJ, B.; ALMEIDA, M. H. T. (orgs.). *Sociedade política no Brasil pós-61*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008, p. 313-350. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/b4km4/pdf/sorj-9788599662632-09.pdf>>

²⁹¹ SCHERER-WARREN, I. 4. ed. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 2009, p. 13-25, periodizou os movimentos sociais da América Latina em quatro fases: 1º) Dos meados do século XX até a década de 1970 ou lutas de classe; 2º) Os anos 1970 ou lutas nacional-populares; 3º) Os anos 1980 os movimentos de base (*grassroots*); e 4º) Perspectiva anos 1990 ou redes de movimentos (*networks*). Também, se pode examinar sob a lente da Antiguidade (escravos e religiosos); baixa idade média (camponeses e servos); idade moderna (período final do feudalismo e de mercadores e religiosos) idade contemporânea (fortalecimento do capitalismo, movimentos operários e novos movimentos sociais). Bem interessante pode ser analisar sob ângulo dos principais teóricos, tais são: Marx ao defender a incapacidade do estado de atender as reivindicações dos dois lados; governamental; Durkheim que não trata os MS como conflito e sim como desequilíbrio social, onde a sociedade modifica o indivíduo; Webber, conhecido como culturalista, porque defende os MS como necessários para resgatar os valores corrompidos pela sociedade capitalista.

Os movimentos sociais no Brasil foram recorrentes nos períodos colonial, imperial e republicano²⁹². Os movimentos sindicais iniciados, na segunda década do século XX, favoreceram as Revoluções de 1930. É considerada a primeira revolução burguesa no Brasil a Revolução de 1932 quando as oligarquias cafeeiras rebelaram-se contra a ditadura Vargas, contribuindo decisivamente à nova Constituição Republicana em 1934.

As décadas seguintes foram de progressos com gerações que queriam a sociedade mais justa e igualitária, gerando um aumento nos movimentos sociais urbanos. Destacam-se a Ligas das Camponesas, na década de 1960, que exerceu pressão política por reformas de base na sociedade brasileira ao clamar por reforma agrária, erradicação do analfabetismo, igualdade entre homens e mulheres nas relações trabalhistas, dentre outras reivindicações políticas.

Como reação aos movimentos sociais crescentes houve um movimento chamado Marcha da Família com Deus pela Liberdade, que desencadeou o Golpe de Estado em 01.04.1964. As manifestações políticas que clamavam, enfaticamente, pelo fim dos governos militares e a redemocratização concretizaram-se com a Constituição Federal de 1988.

Os MS no Brasil foram melhor avaliados com o término da ditadura militar, ou seja, após a resistência ao sistema político foram buscadas as condições sociais estruturais que favoreceram reordenações ou institucionalização dos movimentos. A crise de acumulação capitalista dos anos 1970 e o declínio da confiança na capacidade das medidas keynesianas, que defendem o investimento no social quando há crises capitalistas com a intervenção estatal, foram decisivos para implantação do modelo econômico que adotava as agências multilaterais (Fundo Monetário Internacional – FMI e Banco Mundial) para a implantação de políticas aos países mais dependentes. Dessa realidade, a burocracia estatal instalou-se e ideais foram reduzidos a desilusões, em especial, com a redução de políticas sociais.

Durante três décadas finais do último século, empecilhos externos aos discursos e participação dos movimentos sociais com manipulações falsas de espaços de decisão e baixos investimentos sociais que já eram crônicos passaram a ser insuportáveis, proporcionando o surgimento de ONGs, em especial as assistencialistas.

²⁹² AQUINO, R. S. L. et al. **Sociedade brasileira**: uma história através dos movimentos sociais. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 289-326.

A década da promulgação da atual Constituição Federal foi tempo de disputas sociais que buscavam a garantia de direito a ter direitos, quando passou a se utilizar mais os termos exclusão social e cidadania. Essa nova realidade conduziu a ações através dos conselhos de representação de interesses para negociação dos novos direitos.

A promoção de implementação de políticas sociais específicas destinada a atenuar a falta de políticas universalistas tornou-se uma prática que ampliou a participação dos diferentes movimentos e priorizou o canal institucional de conquistas através das quais as ONGs. Inicialmente, apresentaram-se como assessoria e depois até como substitutas dos movimentos sociais.

O fortalecimento das ONGs deu-se, em especial, pela visão de Estado como empresa ineficiente e que não se interessava em atender as necessidades dos cidadãos mais pobres. A consolidação das ONGs ficou progressivamente forte para o Estado e para o setor privado quando começou a participação nas deliberações políticas. O clamor emergencial público tem uma pretensão de gestão de vida com uma dimensão além do que o Estado pode oferecer e até retirada do Estado de funções de segurança, por anos esse viés perigoso senão totalitário. Entretanto, um dos problemas cruciais de ONGs é a aprisionamento nos meandros da captação de recursos que pode distorcer muito, e até mesmo reverter, as orientações ideológicas iniciais.

As dificuldades que os MS possuem para fecundar nos partidos, conforme salientou Ruth Cardoso²⁹³, estão na natureza deste romper o consenso criado pela vivência comum. A pensadora sinaliza que só a característica reivindicativa pode não ser capaz de grandes transformações.

2.5 CONVERGÊNCIAS SOCIOJURÍDICAS

2.5.1 Cidadania

Scherrer-Warrer desafiou-se a apreciar a validade, sem negar, é claro, o conhecimento acumulado das ciências humanas no campo das ações coletivas. Nesse contexto, a socióloga adverte sobre a necessidade de buscar na realidade

²⁹³ CARDOSO, 2008, p. 349.

dos sujeitos sociais uma reflexão emancipatória nos movimentos sociais buscando resposta nos direitos universais.²⁹⁴

O conceito de cidadania envolve a compreensão sobre a importância do exercício da cidadania para a construção e conquista dos direitos humanos na história da civilização Ocidental. Revoluções burguesas, na Europa e nos Estados Unidos da América, foram decorrência do efetivo exercício da cidadania e fizeram surgir declarações de direitos, enquanto, no Brasil, não se verificou o efetivo exercício da cidadania. A reflexão aparece estruturada pela política como possibilidade real histórica e também advinda de dilema social pela cidadania ativa e publicamente construída e conquistada.

É inegável que a visão do liberalismo contribuiu de forma significativa para a formulação da ideia de uma cidadania universal. Porém, para que ela não seja reduzida a mero *status* legal, devem-se resguardar os caminhos que estabelecem os direitos que os indivíduos possuem contra o Estado. A consciência pública e participação política em uma comunidade de iguais devem ser estimuladas. Assim, diversos tipos de cidadania podem ser apresentados como: liberal, social, republicano e comunitário²⁹⁵.

Nota-se que a cidadania, assim como normas jurídicas fundamentais, pode ser ligada à base ideológica. No entanto, no caso das normas jurídicas fundamentais podem ser liberais (prescrevam abstenções ao legislador), democráticas (força a concepção que preconiza a participação do cidadão na configuração da ordem jurídica e social) e do estado social (concepção de um estado que atenda às necessidades dos indivíduos).

Portanto, apesar do cidadão, segundo Gorczewski, na atualidade, transforma-se rapidamente em “nacionais, monoculturais, monoétnicas, e monorreligiosas para comunidades globais, multiculturais, multiétnicas e multirreligiosas”²⁹⁶.

²⁹⁴ SCHERER-WARREN, I.; LÜCHMANN, L. H. H. Por uma abordagem pós-colonial e emancipatória dos movimentos sociais. In: **Movimentos sociais e participação**: abordagens e experiência no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Ed. UFSC, 2011, p. 32; 34.

²⁹⁵ GORCZEWSKI, C. **A necessária revisão do conceito de cidadania**: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 9-11.

²⁹⁶ GORCZEWSKI, 2011, p. 46-59.

2.5.2 Argumentos de política e representação argumentativa: a defesa do individual em face do coletivo

As Ciências Humanas centralizam as discussões na “crise de paradigmas dominante na modernidade”²⁹⁷ e nas alterações dos padrões das relações sociais em face das novas tecnologias. Essas crises culturais²⁹⁸ trazem à tona outras dimensões da realidade social também produtoras de saberes como o mundo das mulheres. A discussão ínsita ao campo das políticas públicas, que buscam a institucionalização das políticas ou a regulação das relações na sociedade civil. Isso significa trazer questões democráticas ao centro do debate.

Alain Touraine não considera MS qualquer tipo de ação coletiva, conflito ou iniciativa política. Reserva o MS a uma ação coletiva que coloca em causa ou em oposição um modo de dominação social generalizada. Por essa razão, entende que as mulheres, os imigrantes, as lutas ambientalistas são categorias problemáticas de um novo paradigma em formação, o cultural; e coloca os direitos culturais acima dos econômicos, sociais e políticos, sem os eliminar²⁹⁹.

No entanto, esse paradigma não se sustenta no direito, ou melhor, no conceito de direito. Ademais, aproxima-se de um viés marxista e hegeliano ao sugerir que apenas a união coletiva e harmônica forma uma espécie de consciência absoluta social reivindicativa; ou um Estado no qual a relação entre direitos fundamentais alterna entre ingenuidade e idealismo.

Nessa conjuntura, a distinção de Dworkin³⁰⁰ de argumentos de princípio e de política é bem-vinda. Os argumentos de princípio são destinados a estabelecer um direito individual, concebido como “trunfo político que o indivíduo detém” de tal ordem que reconheça que certo indivíduo tem um direito, ainda que retarde ou coloque em perigo certo estado de coisas intencionado por alguma meta ou objetivo coletivo.

²⁹⁷ GOHN, 2014, a utilização de paradigma na Ciência do Direito não segue a mesma direção da Sociologia conforme se interpretar KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. 11. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira São Paulo: Perspectiva, 2011. Kuhn fez o caminho, para dizer que algo estava errado, o arco do erro, bem como concluiu que a ciência revolucionária muda de paradigma. O direito não muda de paradigma; o direito se constrói em cima do conceito.

²⁹⁸ SANTOS, 2007, p. 47-48.

²⁹⁹ Especialmente em TOURAINE, A. **Na fronteira dos movimentos sociais**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000100003> Acesso em: 27 jun. 2014.

³⁰⁰ DWORKIN, 2002, p. xv.

Os argumentos de política seriam os direcionados a estabelecer uma meta coletiva, ou seja, um objetivo (*goal*), político não individualizado. É necessária distinção entre direitos preferenciais ou de fundo, que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela comunidade em abstrato; e direitos institucionais, que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica.

A consequência, para que o indivíduo possa defender-se contra metas coletivas, é a atenção ao conceito de direitos jurídicos, que expressa a função dos direitos enquanto suporte da posição do indivíduo perante instituições da comunidade. Essa função é especial para normas que assegurar direitos fundamentais. Assim, os direitos jurídicos são uma espécie de um direito político, ou um direito institucional a uma decisão de um tribunal na sua função judicante. Também distingue direitos abstratos³⁰¹, que incluem princípios, comum na retórica política, e direitos concretos.

Ludwig³⁰² ressalta que a ideia de Dworkin assemelha-se:

à pressuposição de uma representação argumentativa do indivíduo perante o tribunal constitucional, como mecanismo para que o indivíduo possa fazer valer seus direitos fundamentais a despeito e mesmo contra bens coletivos e políticas públicas que os afetem.

2.5.3 Direitos fundamentais na política e no direito

Há relação recíproca e dialógica, portanto, entre direitos fundamentais e teoria política. Todavia, não se almeja resultados previsíveis e corretos; há de ter abertura do procedimento à participação e à discussão. Claro que não significa que abertura ampla no processo de interpretação da Constituição.

Uma vez aceita a concepção que interliga a proteção dos direitos fundamentais à teoria da separação dos poderes, bem como a progressiva tendência de descentralização, inclusive no âmbito do próprio cidadão, há valorização da autonomia do indivíduo e a autodeterminação na interpretação dos próprios interesses.

³⁰¹ Exemplo de direito fundamental e abstrato, pressuposto pelas instituições de justiça, é o da igual consideração e respeito. DWORKIN, 2002, p. xvi; 235-282.

³⁰² LUDWIG, 2014, p. 101.

A autodeterminação projeta-se no plano da participação democrática em processos de regulação estatal e também por meio da autonomia individual, que é a mais ameaçada por uma regulação estatal excessiva ou abusivamente interveniente, prejudicada por insuficiência de proteção ou de fomento.

A interferência dos direitos fundamentais é para resguardar os espaços que o indivíduo e grupos dentro da (e mesmo contra a) comunidade maior têm de fazer valer para preservar sua possibilidade de autodeterminação e de desenvolvimento de sua personalidade em todos os quadrantes. Aqui, mais uma vez, o princípio da subsidiariedade organiza o limite entre direito fundamental e autodeterminação, trazendo à tona a ideia de distribuição do poder e competências em níveis. Esse princípio tem o mister de conciliar as necessidades de regulamentação e de liberdade de maneira otimizada³⁰³.

É imperioso, portanto, que espaços definidos pela distribuição do poder e pela participação possam ser compatibilizados com os espaços definidos pela distribuição das competências de configuração, aplicação e revisão da aplicação dos direitos fundamentais. E aqui há de se ter correspondência de soluções de conflito entre a política e o direito com o que a ordem jurídica contempla.

Dessa forma, uma teoria que tenha pretensão de universalidade jamais pode desconhecer os problemas de natureza política e institucional, mesmo quando é foco principal de questões teóricas do direito. Assim, a teoria do direito é um discurso especial do discurso prático geral, em que falam a moral e também a política, o que não significa que se professe a inelutabilidade das determinações já sedimentadas, nem a sujeição aos consensos historicamente dados porque a percepção da conflitividade é inerente. A colisão de interesses e a participação dos indivíduos na interpretação das necessidades e interesses estão na base da teoria do discurso.

³⁰³ ZIPPELIUS, 1997, p. 312, afirma: “Aqui, o princípio da repartição e limitação das funções interno-estatal toca-se com a ideia dos direitos fundamentais: Segundo a compreensão institucional dos direitos fundamentais, certos domínios da ação individual e social devem ser garantidos segundo o programa dos direitos fundamentais (§ 30 II). Às instâncias estatais supraordenadas incumbe, em termos globais, somente determinar as condições de base que são de comum acordo, em cujas margens esta autonomia corporativa e privada – esta sob as condições de uma economia de mercado – poderá desenvolver-se (§§ 3 I 2; 29 II 1). Encontrar a relação correta entre os diversos níveis de regulação é uma tarefa de otimização. Ela deve, por princípio, ser solucionada de acordo com o princípio da subsidiariedade (§ 17 I 2): regulações e também ofertas de prestações do estado devem ser reservadas para os casos em que a autorregulação e a autossustentação, corporativas ou privadas, não funcionam tão bem ou melhor”.

O âmbito jurídico, porém, o trato com necessidades e interesses que integram a classe dos conceitos antropológicos, há de ser realizado com a mediação de conceitos deontológicos, da mesma forma que acontece com a terceira classe de conceitos práticos (axiológicos). Tais distinções entre conceitos de grande relevância para a política e aqueles operáveis no direito revelam, mais uma vez, a centralidade da institucionalização da razão.

Mas essa matéria não pressupõe uma teoria expressa da política e particularmente do poder. Para Alexy³⁰⁴, conforme defende e fundamenta Ludwig³⁰⁵, há solução para os principais problemas de teoria política suscitados pela institucionalização da razão, que é inserir ambas na correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, do mesmo modo como pessoas racionais, então razão e correção serão mais bem institucionalizadas com jurisdição constitucional que sem ela.

2.5.4 Formação da representação argumentativa

A ideia de representação, apesar de incontroversa e necessária, é problemática, especialmente quando nas atualizações ou releituras de conceitos e preconceitos. Estes, para não se tornarem incontroláveis, há representação a ser exercida por tribunais como projeto de racionalidade, na qual as instituições envolvidas com a prática dos direitos fundamentais pormenorizam o conceito de representação argumentativa. O conceito de constitucionalismo discursivo, como um todo, é a tentativa da institucionalização de razão e correção.³⁰⁶

É intrínseca a ideia de correção em representações argumentativas na dimensão normativa e fática, diferenciando-se, argumentativamente, da representação parlamentar, que constitui o fundamento da legitimidade da instituição tradicionalmente competente para a configuração de normas gerais. A representação argumentativa pressupõe duas condições: a existência de argumentos bons ou plausíveis, cuja validade ou correção possa ser controlada; e a existência de um número mínimo de pessoas racionais capazes e dispostas a aceitar tais tipos de argumentos pelo fato de serem válidos ou corretos.

³⁰⁴ ALEXY, 2007, p. 165.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ ALEXY, 2011, p. 165.

Numa sociedade organizada politicamente como um Estado constitucional democrático, há de se reconhecer os direitos fundamentais e garantir que sejam eficazes através da aplicação em espaços institucionais, que só é possível se tanto na interpretação quanto na aplicação tenha rastreamento racional.

Porém, faz-se necessário enfrentar as exigências que os direitos fundamentais legitimamente fazem ao Estado. Aqui os direitos à organização e procedimento são justificados enquanto caminhos que o próprio direito fundamental, uma abertura para que se realize a participação dos indivíduos e grupos sociais na autorregulação da sua vida e, também, na formação da vontade estatal, com isso, integre-se à conformação da ordenação global do convívio numa comunidade estatal.

Há relação recíproca e dialógica, portanto, entre direitos fundamentais e teoria política. Todavia, não postula almejar resultados previsíveis e corretos, há de ter abertura do procedimento à participação e à discussão, que não significa abertura ampla para intérpretes da Constituição.

A conformidade da lei aos direitos fundamentais é viável quando a representação argumentativa em prol desses direitos suplanta a representação política identificada na lei. Não se busca, apenas, a sobreposição do juiz sobre o legislador, e sim que haja capacidade de convencer os cidadãos da sua racionalidade. Nesse contexto, o conceito de democracia não se satisfaz com o conceito de decisão, pois deve também abarcar o de argumento. Só assim a democracia pode carregar o qualificativo de democracia deliberativa e, pois, racional.

Mas os déficits estruturais de racionalidade na argumentação parlamentar afetam a legitimidade das leis do ponto de vista da contemplação e da adequada compensação de todos os interesses dos cidadãos, o que determina a necessidade de que, em prol da democracia material, outras instituições não políticas tenham espaço para atuar, inclusive a jurisdição constitucional.

O caráter representativo dos tribunais em correlação com a sua vocação para a função de guarda da Constituição assenta-se na evolução do conceito de revisão judicial, começando com a ideia da supremacia do direito e, com isso, assegurar aos tribunais a interpretação. Houve uma fusão de funções (federalista e judicial), sustenta, veio a ocorrer no sentido da difusão do controle de constitucionalidade.

Houve superação das objeções conservadoras à outorga da *judicial review* aos juízes diante da imparcialidade e caráter representativo dos tribunais.

A decisão constitucional em última instância para que tenha significado político-fático, ou seja, tenha poder é necessário que abarque a provocação e a aceitação, segundo Maurer, que se aproxima da teoria da representação argumentativa³⁰⁷.

O poder da decisão firma-se na autoridade da Constituição e na força de convicção das decisões. Evidentemente, discutir os argumentos servidos nas decisões é relevante tanto para uma teoria discursiva da jurisdição constitucional quanto da política. Porém, é imprescindível que não haja decisões em conformidade com a finalidade política e sim deverá ter avaliações e critérios jurídico-constitucionais.

As diversas relações entre os cidadãos e Estado, ao longo da história republicana e constitucional, podem ser espelhadas no desenvolvimento jurisprudencial das grandes questões dos direitos fundamentais.

Peculiarmente, o poder do Tribunal Constitucional, quando não conta com uma regulação constitucional expressa que garanta a coercitividade para suas decisões, em relação aos órgãos superiores do Estado, de maneira que contra a recusa do governo ou do parlamento ao cumprimento de uma decisão emanada pelo tribunal constitucional, não há remédio coativo, pois **o tribunal é estruturado somente com a força persuasiva de seus argumentos**³⁰⁸.

Imprescindível, sempre, é que o juiz constitucional seja do Poder Judiciário imparcial para poder exercer com eficácia a funções de guardião da Constituição no afã de manter equilibrados os diversos interesses de grupos e de classes. Numa tradição de respeito aos direitos fundamentais de uma comunidade é que pode, em escala mais larga, enraizar-se o labor de sedimentação de novas normas de direito fundamental. Isto significa que deve ser racional e ser dentro de ordem normativa vigente, ou seja, material jurídico dado (institucionalizado).

A representação argumentativa, no campo dos direitos fundamentais, só se desenvolve dentro do direito, que implica estar sempre condicionada ao universo dos três elementos do direito: a legalidade em conformidade com o ordenamento; a

³⁰⁷ MAURER, H. **Contributos para o direito do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221.

³⁰⁸ HESSE, op. cit., p. 422.

eficácia social; e a correção quanto ao conteúdo³⁰⁹. E nesses observar-se-ão os espaços que cada ente estatal tem e o papel na concretização dos direitos fundamentais.

Exemplificando. O tribunal constitucional não poderá a todo tempo, por interpretação, sem mais destilar normas por remissão direta à moralidade (a pretexto de corrigir o direito), ou fazer a derivação direta e intuitiva de regras concretas a partir de conceitos constitucionais abstratos pelo recurso direto a uma ordem de valores objetiva.

Também não poderá simplesmente curvar-se à faticidade ou à mera autoridade do material dado em detrimento da moralidade, como na questão complexa que é a possibilidade de ponderação quanto à dignidade humana³¹⁰ (raiz dos direitos fundamentais) e, especificamente, se a norma respectiva configura uma regra e/ou um princípio.

A **representação argumentativa** não faz apenas exigências neste ou naquele aspecto da jurisdição constitucional na teoria política. **Ela diz algo sobre pressupostos de uma concepção básica sobre a natureza do ser humano enquanto ser moral e racional.**

A pretensão de correção é interligada à representação argumentativa, que garantem fundamentalidade e promove o direito. A necessidade da pretensão de correção para o direito a partir da perspectiva da institucionalidade da razão pode ser sedimentada ao se conjecturar sobre alternativa à correção em atos jurídicos como constituição e sentença.

Esses argumentos absurdos apontam que poderia haver um tipo de renúncia “a nós mesmos”, e não apenas o ridículo que tais atos representam³¹¹. No âmbito filosófico-político, põe-se com agudeza especial a questão que fora suscitada por ocasião da justificação das regras do discurso, que se refere à objeção da incomensurabilidade ou não uniformidade das formas de vida³¹².

³⁰⁹ ALEXY, 1997b, p. 208 e ss.

³¹⁰ TEIFE, N. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 171-188.

³¹¹ SALMON, W. C. **Logik**. Stuttgart: Reklam, 1983, S. 63 ff *apud* LUDWIG, 2014, p. 298.

³¹² ALEXY, 1997b, S. 71-76. Alexy pôs-se a discutir o argumento de Wittgenstein. Alexy debateu-se sobre observações feitas por aquele nas “Investigações filosóficas” (*Philosophische Untersuchungen*) e em “Sobre certeza” (*Über Gewissheit*), correlacionando jogos de linguagem, forma de vida, sistema e visão de mundo. Alexy recusa a tese da impossibilidade de justificação e de crítica de formas de vida, porque contraditória com a ideia da universalidade do discurso moral; defende a distinção entre a impossibilidade de discussão de todos os pressupostos ao mesmo tempo e a possibilidade de discussão de alguns pressupostos e, pois, de discutir alguma afirmação.

A possibilidade de diálogo entre os integrantes de diferentes formas de vida é instaurada no discurso prático racional e findam por conformar a vontade estatal através da edição de normas. Com efeito, por vezes, a conflitividade dessas concepções e a profundidade das dissidências morais dentro do mesmo Estado tornam a edição de normas gerais quase impossível ou as reduzem à criação de fórmulas de compromisso que apenas transfere o litígio para outras esferas, como o Judiciário.

Essa possibilidade reveste-se de grande importância, pois, mesmo quando não se está diante de situações claramente pré-caóticas, as dissidências acerca das diferentes concepções de vida boa, que inspiram movimentos e tendências no campo político, podem replicar-se no âmbito interno do tribunal constitucional, que é provocado a deliberar sobre problemas para os quais o parlamento não obteve uma solução eficaz.

As maiores tensões nas determinações de direito fundamental que mais se notabilizam pela abertura são as que tendem a abrigar maior litigiosidade acerca de moralidade e concepções de vida boa, como a da dignidade humana. O equacionamento do problema ocorre quando o intérprete tem em mente a procedimentalidade do modelo discursivo de fundo e a abertura para uma moral que centra foco naquilo que é universalizável, sem prejuízo das concepções locais de vida boa, observando-se o rigor argumentativo próprio da pretensão de correção sem esquecer os seus limites no direito.

Essa moral de inspiração universalista é que confere ao direito, e notadamente à interpretação, ponderação e argumentação jurídicas, uma ideia regulativa de viés kantiano, a qual, porém, sempre se coloca no horizonte de um discurso prático em que também encontra seu espaço a positividade do direito inserido na realidade de uma sociedade pluralista de um Estado democrático.

Enfim, a representação argumentativa no Tribunal Constitucional deixa de ser uma idealização, embora não abra mão de algo que lhe é inafastável. A ideia regulativa da correção não pressupõe consensos efetivos e materialmente (onticamente) definidos.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL PARA MULHERES NOS ABORTOS CLANDESTINOS

3.1 BASES HISTÓRICO-FILOSÓFICO DOS MSM NO BRASIL

3.1.1 Terminologias

Haveria uma redução de estereótipos, certamente se o “movimento das mulheres” não tivesse se transformado em o “movimento feminista”, segundo Michelle Perrot³¹³, bem como amenizaria a complexidade do fenômeno diante do universo dos discursos feministas³¹⁴.

Na qualidade de teoria política e movimento social pela emancipação de mulheres, o feminismo considerou realidades diferentes. Apesar deste caráter heterogêneo, que produz questionamentos acerca do reconhecimento como movimento organizado, há forte reconhecimento dos movimentos feministas como os que compartilham objetivos comuns enquanto análise da situação das mulheres na sociedade.

A igualdade e emancipação das mulheres ainda é uma tarefa pendente de novas estratégias, métodos e abordagens, especialmente, quando se trata da questão liberdade de reprodutiva, que metaforicamente pode ser descrita como uma ponte que interliga dois lados que insistem em atirar pedras reciprocamente. Nesse sentido, talvez o desafio maior que deve enfrentar o feminismo é plena consciência cidadã ou cidadania individualizada. Que tanto favoreça mulheres e homens ao poderem desfrutar da mesma autonomia e liberdade de fazer os seus planos de vida.

³¹³ PERROT, M. **Minha história das mulheres**. Trad. Ângela M. S. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2008, p. 154.

³¹⁴ SCHIEBINGER, L. **O feminismo mudou a ciência?** Bauru: Edusc, 2001, p. 32. A autora elucida termos que geralmente as pessoas misturam, tais são: mulher é um indivíduo específico; gênero denota relações de poder entre os sexos e refere-se tanto ao homem quanto a mulheres; fêmea designa sexo biológico; feminino refere-se a maneirismos e comportamentos idealizados das mulheres num lugar e época específicos que podem também ser adotados por homens; e feminista define uma posição ou agenda política.

A imprecisão do termo *feminismo* adquiriu uma conotação perversa ao deslegitimar e enfraquecer os próprios fundamentos do discurso. Associa-se à defesa de uma suposta superioridade feminina diante de discursos que inferioriza as mulheres; critica-se porque o feminismo desprezaria as diferenças biológicas num inconformismo injustificado e imponderado em relação às diferenças naturais; o discurso feminista vitima a mulher porque responsabilizaria exclusivamente o homem; e a associação a discursos moralistas com bandeira da igualdade que reprimiria a sexualidade de homens e mulheres por ser um *locus* de discriminação no qual a mulher estaria reduzida à condição de objeto.

Simone de Beauvoir, com o clássico mundial, *O Segundo Sexo: a experiência vivida*, traduzida para português no final da década de 1970, propagou a ideia de que “ninguém nasce mulher e sim torna-se mulher”. O feminismo incorporou a ideia de que a identidade feminina não é uma simples decorrência da biologia, mas sim uma condição apreendida ao longo da vida na relação com o *outro*.

Essas reflexões acerca da igualdade de gênero passariam a considerar concepções de identidades construídas culturalmente, que estão além de uma essência inscrita na anatomia. É inevitável o reconhecimento de que não é exatamente isso que se observa em uma pequena parcela do discurso feminista, que focaliza unicamente um dos polos da relação de gênero (a mulher), e não na *própria relação* da qual emergem as identidades masculina e feminina.

Justificativas variáveis existem para que o termo permaneça. No campo história é muitas vezes o único adjetivo que unifica as inúmeras vertentes feministas tanto que no campo da teoria política há feminismos liberais, marxistas, pós-modernos, existencialistas, e outros tantos. Identificar traços em comum entre elas não é uma tarefa fácil porque não está num princípio ético ou em uma concepção de política comum. A identidade entre elas restringe-se a seu objeto.

A maioria das teorias políticas qualificadas como feministas tem por objeto o estudo da igualdade de gênero, ou seja, são teorias que investigam *em que* homens e mulheres devem ser iguais. No entanto, **a revolução da mulher foi a mais importante que a “revolução feminista com tantas conotações ideológicas”, como toda “revolução é exagerada”.**³¹⁵

³¹⁵ TELLES, L. F. Mulher, mulheres. In: DEL PRIORE, M. (org.). **História das mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto/Unesp, 2008, p. 670.

Optamos, portanto, em diferenciar sentido do uso da palavra *feminista* e seus derivados neste trabalho que só serão utilizados quando tiverem uma ênfase ideológica, que podem ser advindas de outras matrizes acadêmicas³¹⁶, pois o sentido que se defende da ciência do direito, no sentido atual, o foco principal, é na mulher e não o feminismo tampouco correntes feministas que os efeitos no direito são relativos³¹⁷. Ademais, esta opção também revela o cuidado com tendência centralizadora feminista de colocar a política feminista como centro da própria democracia.

Assim, preferimos a terminologia mulher(es) quando nos referimos aos MS porque sugere uma busca por uma cidadã individualizada que se harmoniza com sentido racional do discurso prático, inerente aos MSM e que toca na ciência do direito questões sobre a própria existência e sentido atual³¹⁸.

3.1.2 Formação do sujeito individualizado ou emancipado

A capacidade de um sujeito impor normas universais para além dos vínculos culturais e econômicos foi desenvolvida por Kant.³¹⁹ Assim, em que pese Alain Touraine, nascido mais

³¹⁶ FIDALGO, L. **(Re)construir a maternidade numa perspectiva discursiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 61 destaca algumas tensões do feminismo acadêmico como a continuidade das pesquisas segundo o modelo estrito do paradigma dominante porque encontram grandes dificuldades na articulação das pequenas histórias individuais mais ampla que a questão do patriarcado. Realmente, não faz sentido sustentar um feminismo rancoroso alimentado por antagonismo entre homens e mulheres.

³¹⁷ SÁES, M. Breve Análisis de las tendencias feministas contemporâneas y su relación com el Derecho. In: BUGLIONE, S.; VENTURA, M. (orgs.). **Direito à reprodução e à sexualidade: uma questão de ética e de justiça**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 172-175.

³¹⁸ KELSEN, 2009, p. 308. Kelsen diz que o Direito, no aspecto determinado, é como rei Midas “aquilo que o Direito se refere assume caráter jurídico”.

³¹⁹ Naturalmente, na doutrina de Kant também se encontram questões que merecem releituras. Todavia, há algumas colocações pelas quais o filósofo alemão nunca foi responsável. Exemplificando, ALVES, F. A. S. A. **Movimentos sociais e concretização constitucional: uma crítica à criminalização dos movimentos sociais, sob enfoque do transconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013, p. 12, afirma o seguinte: “Habermas deposita toda sua fé na teoria do discurso como meio de superação da dificuldade histórica do direito em superar o confronto entre autonomia-privada, de caráter particular, e autonomia coletiva, de caráter público. A razão comunicativa colocada por ele recusa o sujeito solipsista da filosofia kantiana [...]”. Sobre algumas dessas acusações, transcreve-se contrapontos às etiquetas de solipsismo ao sujeito kantiano, que Höffe indica, para essa finalidade, modos de diferenciar numa leitura das reflexões de peso constantes na primeira Crítica kantiana, que são as seguintes: (1) Em sentido moral, é **antissolipsista** quem relativiza os seus interesses privados, age também com respeito ao bem comum, tira o egoísmo, portanto, o direito exclusivo e **tem lugar para o altruísmo**. (2) Um antissolipsismo socioteórico declara essencial para os sujeitos estarem em relação com outros sujeitos. (2a) Segundo a variante “lógica”, **os sujeitos se constituem somente em e através da intersubjetividade**: não há nenhuma personalidade sem interpersonalidade, nenhum autorreconhecimento sem reconhecimento mútuo. (2b) De acordo com a variante empírica, **os seres humanos não são indivíduos atômicos**, mas antes **membros de uma sociedade**, a qual tem em parte caráter de sociedade, e, **ao final, abrange a humanidade toda incluindo o seu passado e**

de 120 anos após o falecimento de Kant, ter publicado diversas obras que relacionam o sujeito com a democracia³²⁰ e a modernidade, as abordagens kantianas tem grande na contemporaneidade.

A intervenção ativa para produção do conhecimento, portanto, desemboca na clássica concepção kantiana de autonomia, imposição da lei a si mesmo, e de finitude, que coloca sempre em xeque a autonomia. A consciência reflexiva ou da finitude humana edifica o horizonte próprio e abre a experiências, que pode questionar ou invalidar a tradição, bem como ser conquistado pela autoridade, nos moldes gadermerianos.

Enfim, a centralização de questões importantes suscitadas nos discursos coletivos acirra as disputas sócio-políticas e favorecem discussões jurídicas focalizadas no sujeito, no cidadão emancipado ou individualizado. No pensamento kantiano encontraram-se fundamentos que refutaram algumas sugestões de Touraine, bem como também desvela argumentos fortes em desfavor de teorias solipsistas e antidemocráticas.

Indubitavelmente, com relação ao sujeito, pode-se e deve-se discordar do pensamento kantiano, bem como daqueles que o utilizam na tarefa dogmática de delimitações e sustentações jurídicas. Todavia, na busca pelo domínio de falar corretamente, em especial, sobre pontes e elos entre a sociologia e o direito, não é possível ignorá-lo, que pode levar evitar o aprofundamento do Poder Judiciário num problema labiríntico e não estrutural, que é enfraquecimento de atitudes reflexivas, ou seja, de não se levar o outro a sério.

3.1.3 As ondas dos MSM no Brasil

Segundo Herita³²¹, é a duração que permite caracterizar o movimento feminista como movimento social. Portanto, quaisquer que sejam as intermitências

seu futuro. (3) Segundo antissolipsismo linguístico-teórico, mais exatamente semântico, de Wittgenstein, segundo o seu argumento das linguagens privadas. (4) Um antissolipsismo epistêmico, finalmente se dirige [...] ³¹⁹ (grifo nosso).

³²⁰ TOURAINE, A. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996. Nesta obra cita-se Kelsen em algumas passagens, mas sem adentrar nos esclarecimentos sobre as funções do Tribunal Constitucional ou da Jurisdição Constitucional, que, sobre certos aspectos, trouxeram esvaziamentos à sociologia jurídica (cfe. KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 96-97; 114-115).

³²¹ HIRATA, H.; LABORIE, F.; LE DOARÉ, H. et al. (orgs.). 2. ed. **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009, p. 152-153.

da mobilização, as mulheres não cessaram de lutar coletivamente. A socióloga francesa também destaca que, contemporaneamente, há mulheres feministas que centram foco na transformação global das relações sociais porque consideram que a igualdade não está na partilha do poder com os homens na sociedade vigente.

A primeira onda

Iniciou-se com Mary Wollstonecraft, que em 1797, publicou *Vindicação dos direitos das mulheres*, sendo que em 1848 houve o I Congresso Nacional das Mulheres nos Estados Unidos³²². Mas, no Brasil, essa etapa manifestou-se em 1910 com o movimento das *sufrajetes* que lutava pelo direito ao voto das mulheres liderado pela bióloga Bertha Lutz e só em 1932 o direito foi conquistado com a promulgação do Novo Código Eleitoral brasileiro; e também o movimento das operárias de ideologia anarquista, em 1917, conhecido como a “União das Costureiras, Chapeleiras e Classes Anexas”, que ressurgiu na década de 1960³²³.

No século XIX até o fim do XX, o foco principal era na promoção da igualdade nos direitos contratuais e de propriedade para homens e mulheres. A “politização do privado” descortina-se como pauta não mais como um dos silêncios da esfera doméstica, na oposição de casamentos arranjados e da propriedade de mulheres casadas (e seus filhos) por seus maridos. Objetivou conquista de poder político, especialmente o direito ao sufrágio por parte das mulheres, mas se preconizava a abstinência sexual com o método anticoncepcional.

Ana Flora³²⁴ destaca que militantes como Harriet Taylor (sufragista inglesa, casada com Stuart Mill), Flora Tristán (socialista utópica francesa), Clara Zetkin (socialista marxista alemã, diretora da revista *Die Gleichheit*), Alexandra Kollontai (socialista marxista russa) e Emma Goldman (anarquista) já indicavam a pluralidade ideológica feminista.

³²² GOHN, M. G. **Mulheres – atrizes dos movimentos sociais**: relações político-culturais e debate teórico no processo democrático. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1255>> Acesso em: 1 ago. 2014.

³²³ CELI, R. J. Pinto. **Feminismo, história e poder**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2014.

³²⁴ SCHLINDWEIN, A. F. **Dos periódicos oitocentistas ao ciberfeminismo**: a circulação das reivindicações feministas no Brasil. 2012. Dissertação (mestrado) em Divulgação Científica e Cultural. Universidade Estadual de Campinas, 2012, p. 33.

A segunda onda

Desenvolveu-se de 1960 a 1980 e buscava discutir as diferenças do gênero; diferenças entre as mulheres; diferenças de múltiplas intersecções. Com slogan o *pessoal é político*³²⁵, o feminismo segue o caminho crítico e não naturalista. Desfez-se o mito, que passou pela economia, que na esfera familiar é possível de regulação pública. O contrário também é verdadeiro porque o político é pessoal. Nele podem se definir as condições em que se pode exercer autonomia, e **por esta razão foi ambiente ideal para o início das manifestações públicas a favor de descriminalização do aborto**. Também foi uma fase mais contestadora pelas marchas políticas e pronunciamentos radicais, bem como a que mais trouxe conquistas para as mulheres na história³²⁶.

Dentre os destaques, encontra-se *Sexual Politics* (1970) de Kate Millet³²⁷, e a *Mística Feminina* (1963) de Betty Friedan³²⁸. Rose Marie Muraro teve participação fundamental da história feminista e de mulheres brasileiras³²⁹. Em 1972, ao lado de Betty Friedan enfrentaram os jornalistas do *Pasquim*, que repudiavam o feminismo progressista e ingressaram na história do preconceito da esquerda contra a emancipação da mulher. Embora tenham criticado o autoritarismo e a moralidade burguesa, voltaram-se contra mulheres ao fortalecer estereótipos como os relativos aos atributos físicos (roupas, cabelo, etc.) das mulheres como forma de desqualificá-las³³⁰.

³²⁵ BENHABIB, S.; CORNELL, D. **Feminismo como crítica da modernidade**: releitura dos pensadores contemporâneos do ponto. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987, p. 84. BIROLI, F.; MIGUEL, L. F. (orgs.). **Teorias políticas feministas**: textos centrais. Vinhedo: Horizonte, 2013, p. 71.

³²⁶ Os degraus da presença política até 2006 encontram-se nos gráficos apresentados em BIROLI, F.; MIGUEL, L. F. **Caleidoscópio convexo**: mulheres, política e mídia. São Paulo: Unesp, 2011.

³²⁷ Discorreu sobre o papel da mulher nos séculos XIX e XX na sociedade patriarcal que controlava a sexualidade feminina analisando literatura, pintura e políticas públicas relacionadas ao controle populacional.

³²⁸ Feminista norte-americana escritora, traduzido para o português em 1971 com prefácio de Rose Muraro, com ideias óbvias hoje como a que filho e marido não é o sonho mais importante para todas as mulheres. Esta obra foi resultado de anos de pesquisa e entrevista com a ideia central de que a mulher foi mistificada após a crise de 1929 e a mobilização para a Segunda Guerra Mundial, sendo considerada fundamentalmente como mãe e esposa zelosa.

³²⁹ Além de militante política pelos direitos e emancipação das mulheres e emancipação, contribui com vários escritos, sendo **A sexualidade da mulher brasileira: corpo e classe social no Brasil**, em 1983, obteve maior destaque discorrendo sobre fatos, uma obviedade atual, de que as mulheres pobres e trabalhadoras sofrem muito mais a discriminação sobre o corpo e a sexualidade.

³³⁰ Sobre o feminismo no jornalismo, no anarquismo e na ditadura ver PINTO, C. R. J. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003, p. 21-51.

Rose Marie Muraro teve participação decisiva, em 1975, da criação da primeira organização feminista brasileira, o Centro da Mulher Brasileira (CMB), e dez anos depois, foi criado o Conselho Nacional da Mulher (CNM), primeira iniciativa de levar para o Estado o debate sobre políticas públicas específicas das mulheres.

O feminismo colocou a emancipação das mulheres na agenda pública desde meados dos anos 1970. Mas houve desmobilização significativa na sociedade global e diluições com institucionalização, que foi significativa com a proliferação de ONGs, na participação de mulheres nos governos e organizações internacionais.

A terceira onda

Caracteriza-se, em especial, com a inserção de grupos variados, é fase atual iniciada em 1980, pois se detectou que as definições eram oriundas da experiência de mulheres brancas e de classe média, bem como se passou a questionar sobre o que seria bom ou não também para outras classes de mulheres, como as negras. Havia uma ideia mais difusa; o trabalho de Carol Gilligan, intitulado *In a Different Voice*, em 1993, emprestou contornos ideológicos específicos à expressão “somos diferentes”.

Equivocadamente, “o ser diferente” ultrapassou os limites da segurança científica moderna quando passou a ser acusada de androcêntrica e sexista. Assim, houve defesa de análises empíricas feminista com propostas de tipo de superioridade da posição feminista para alcançar uma percepção e explicação mais fidedigna da realidade.

Porém, as afirmações das críticas feministas da ciência foram questionadas de diversas maneiras. Da utilização de metáforas³³¹ na formulação de problemas ou teorias não se pode inferir que o conhecimento produzido seja necessariamente equivocado ou distorcido. Mesmo a existência de preconceitos não significa abandonar ou modificar radicalmente, tampouco se pode decidir *a priori* quais preconceitos favorecem e quais impedem o conhecimento. Isso significa que nem

³³¹ Nesse sentido, critica-se também a colocação de SCHIEBINGER, L. **O feminismo mudou a ciência?** Bauru: EDUSC, 2001, p. 138, acerca da frase de Kant de que “qualquer pessoa envolvida em atividade intelectual séria deveria ter barba”.

uma pesquisa influenciada por valores feministas, nem uma influenciada por valores androcêntricos conduz a resultados forçosamente falsos ou verdadeiros³³².

Como parte do processo de transição democrática que ocorreu na maioria dos países, enfrentou novos cenários através de uma série de tensões e pontos críticos caracterizados por ambivalência. A nova lógica que tenta abordar as transformações paradigmáticas não termina de se adaptar a estas novas dinâmicas e nem sempre é capaz de reconhecer os sinais da realidade. Na América Latina, além das muitas diferenças e nuances entre fluxos internos, em que os debates presentes podem ser descritos como feminismo institucionalizado, as mulheres formam grupos dentro de ONGs e partidos políticos.

3.1.4 A inaplicabilidade da desobediência civil nos casos de abortos ilegais

3.1.4.1 Considerações gerais

A utilização dos movimentos sociais como meio de pressão sobre o sistema político é uma tendência global para construção de alternativas. A inserção da desobediência civil, que pode ter impacto fundamental sobre as políticas do governo, ativa uma linha tênue que separa o sucesso do insucesso e o que reclama análises de diferentes perspectivas. Nesse contexto, as contribuições de Henry David Thoreau, John Rawls e Jürgen Habermas.

O ensaio clássico, escrito em 1849, por Thoreau³³³, sobre a desobediência civil, pode ser considerado como uma parte fundamental do direito de rebelar-se contra leis injustas e governo tirânico. O adversário a ser alvo de síntese dos atos de desobediência e rebeldia não é simplesmente um governo nacional ou o direito, mas membros de uma soberania articular de poder.

³³² No Brasil obteve destaque mundial os trabalhos científicos de Heleieth Iara Bongiovani Saffioti, que também criou um núcleo de estudos de gênero, classe e etnia na UFRJ. Em 2005, fez a parte da indicação coletiva de 1000 Mulheres para o Prêmio Nobel da Paz, que estavam 51 brasileiras, feita pela organização suíça Mulheres pela Paz ao Redor do Mundo, visando ao reconhecimento do papel das mulheres nos esforços pela paz.

³³³ THOREAU, H. D. **Desobedecendo**: a desobediência civil e outros conceitos. Rio de Janeiro: Rocco, 1984. No contexto brasileiro, GARCIA, M. **Desobediência civil**: direito fundamental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 101, que compara o “direito como um jogo”, com uma “autonomia relativa em face do social”.

Na Teoria da Justiça, John Rawls³³⁴ define a desobediência civil como ato público não violento e contra a lei, mas é realizado com o objetivo de mudar as leis ou o programa de governo. Rawls esboça três condições em que a desobediência civil pode ser considerada uma ação pública legítima e liberal-democrática: primeiro, quando todas as vias de ação legal e institucional estão esgotadas; segundo, em casos explícitos e concretos de injustiça aos princípios liberais, e apenas em resposta a qualquer tipo de lei injusta ou prática governamental; e, terceiro, o ato de desobediência civil ser sempre proporcional à transgressão e nunca chegar a um ponto em que ele representa uma ameaça para o funcionamento da ordem constitucional.

Jürgen Habermas³³⁵ também centraliza o papel da desobediência civil nas imperfeições intrínsecas da democracia; porém, como uma dimensão do direito de se rebelar contra a opressão e parte do processo de deliberação racional. A comunicação por um argumento ou declaração é apresentada na esfera pública, com o objetivo de apelar para o senso de justiça da sociedade.

Considerando que o sucesso razoável de demanda pode ser resultado de propostas pouco ou não razoáveis, tanto quanto o que é real e possível pode estar dentro de propostas impossíveis, pode-se inferir que é ínsito a face utópica ou ideal, pois há uma tentativa de subverter a própria moldura dentro de relações de forças.

Assertivas, entretanto, que pregam a desobediência civil como a suspensão temporal da ordem social opressiva ou que é um sacrifício sobre o qual um futuro de vida de liberdade e felicidade já lançou sua sombra podem desestabilizar os alicerces do Estado democrático constitucional, bem como podem conduzir as discussões para a área eminentemente sociológica. Tais situações podem destruir pretensões nucleares que originaram ação coletiva de desobediência civil.

John Langshaw Austin construiu os alicerces da filosofia da linguagem. Para filósofo inglês³³⁶, há pressupostos de que o papel dos enunciados (*statements*) é somente a descrição de algum estado de coisas (*state of affairs*) ou enunciar fatos

³³⁴ RAWLS, 1981, p. 273.

³³⁵ HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II, p. 118, sustenta que: “a justificativa da desobediência civil se baseia em uma compreensão dinâmica da constituição como um projeto inacabado”.

³³⁶ AUSTIN, J. L. **How to do things with words**. 2nd. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001; em português, **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Tradução Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes, 2004 *apud* LEIVAS, P. L. G. **A correção e a fundamentação de decisões jurídicas, em bases pragmático-universais, na aplicação do direito de igualdade geral**. Tese (Doutorado) em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009, p. 34-42.

como falsos ou verdadeiros. Mas nem todas as sentenças são usadas para fazer enunciados sobre fatos. Há manifestações que parecem não subministrar informações diretas sobre fatos ou o fazem somente em parte, como proposições éticas.

As manifestações constativas descrevem algum estado de coisas ou declaram fatos com verdade e equivale a dizer algo. As manifestações performativas, que não satisfazem nenhuma categoria gramatical descoberta porque não descrevem nada, não são verdadeiras ou falsas, não descrevem como dizer algo, mas realizam uma ação, ou seja, um fazer algo.

Hesse evoca o problema da legitimidade da constituição em contraposição aos “princípios superiores do direito”, que pode fundamentar um direito de resistência sem configurar legalidade da constituição. Nesse contexto, examina a possibilidade e a ideia de direito constitucional não-escrito que não pode nascer e existir completamente despreendido da Constituição escrita³³⁷.

Enfim, a relação entre direito e força³³⁸ interessa na medida em que a revolução ocorre quando é feita uma modificação que a própria Constituição não prevê, não interessa se é feita pela maioria ou pelo povo e não exige força. O direito não pode existir sem a força, mas não se identifica com ela. O direito organiza a força, sendo que essa pode ser física (quantitativa) e jurídica (qualitativa).

3.1.4.2 O direito de resistência no ordenamento jurídico brasileiro

Não há previsão explícita, no Brasil, da subespécie do direito de resistência, a desobediência civil. Há os meios implícitos constitucionais como, por exemplo, mandado de injunção, a ação popular, o *habeas corpus*, o plebiscito, o direito de petição. Porém, pode-se fazer uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 dos seguintes dispositivos:

Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que

³³⁷ HESSE, 1998, p. 44.

³³⁸ KELSEN, 2003, p. 233-239, 273-277 e 412-422. A ficção kelsiana de que a ordem jurídica não pode ser aplicada é no sentido de evitar julgamento ético político subjetivo.

forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O direito de resistência encontra-se previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que não é tratado e sim uma resolução das Organizações das Nações Unidas (ONU), e considera essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão.

A busca por novas leituras de direitos fundamentais e até a instituição de novos direitos passa por meios legais. Os meios ilegais não fazem parte da nossa análise porque o objeto é sobre a dinâmica dos MS que visam à alteração na interpretação jurídica constitucional.

3.1.5 As soluções não globais ou no caso concreto

Na mesma direção voltam os pensamentos de Touraine³³⁹ e Kant³⁴⁰ quando tratam de discordar que a violência pode levar à satisfação de pleitos democráticos em um grau alto de satisfação e solidez, que pode ser aplicada na teoria dos movimentos sociais. Mesmo num regime contratualista, em que as pessoas vivam no estado de natureza (*status naturalis*) ou estado de guerra, não há sempre uma explosão das hostilidades, mas uma ameaça constante, que conduz à instauração do estado de paz. Nesse sentido, a paz perpétua, como projeto jurídico-filosófico, também é uma teoria dos direitos dos povos, ou seja, é coroada a inviolabilidade do direito de ser cidadão (*Staatsbürger zu sein*) como um dever fundamental do Estado, que é o imperativo da dignidade humana ou da não instrumentalização do indivíduo.

Experiências com anarquismo, segundo Zippelius³⁴¹, poderiam ter sucesso “se homem fosse mais disciplinado, altruísta, pacífico e racional que por experiência ele é de fato”. Mas tentativas dessa natureza podem ser o mesmo que “desabituar o gato de apanhar o rato”.

³³⁹ TOURAINE, 2012, p. 349.

³⁴⁰ KANT, I. **Metaphysik Anfangsgründe der Anfangsgründe der Rechtslehre – Metaphysik der Sitten Erster Teill**, S. 169; versão em espanhol **La metafísica de las costumbres**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 187. Também em Kant, I. **Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf**. Hamburg: Meiner, 1992, S 58; **Sobre la paz perpetua**. 4. ed. Madrid: Alianza, 2012, p. 51.

³⁴¹ ZIPPELIUS, 1997, p. 189-192.

Todavia, resistências (violentas ou ilegais) no Estado democrático produzem indagações acerca dos motivos ou razões eficazes politicamente, ou seja, capazes de convencer a maioria. As razões, segundo Zippelius, podem ser impaciência e não conformação. Impaciência para se esgotarem as possibilidades da ação política e dos instrumentos de direito disponíveis para a concretização dos próprios argumentos, ensejando perseverança para reagir contra a insensatez e irreflexão de autoridade pública à sua arrogância, insensatez e irreflexão.

Outra razão é a recusa de conformar-se com processo democrático e a opinião maioritária, isto é, julgar-se de posse da melhor verdade e pretender concretizá-la, recorrendo, se necessário, até a violência. O direito de resistência busca ser exercido para que seja observada a ordem fundamental, liberal e democrática, ou seja, como último meio para resguardar a ordem constitucional.

Numa sociedade complexa, “clamores” de direitos fundamentais não se solucionam de forma global. A teoria de Alexy fortalece a representação argumentativa no tribunal constitucional, bem como a universalidade dos direitos humanos, que tem como titular “cada pessoa como pessoa”³⁴². O Judiciário, criticamente, protege-se porque exige uma tomada de consciência progressiva (pré-compreensão) da pessoa.

A ideia de correção, na Teoria do Direito alexyana, favorece a identificação de manipulações nos direitos fundamentais, ou humanos ao detectar o totalitarismo mesmo em maioria parlamentar. Esse princípio, da maioria, é um dos alvos principais nos movimentos sociais contemporâneos, questão também colocada na Teoria do Estado que, em consonância com pensamento de Alexy, lembra que para se chegar à maioria tem que se passar pela premissa de instância moral digna ou respeito à dignidade humana.

A livre formação de expressão e opinião, tão cara nos movimentos sociais, não se funda somente numa verdade ético-social, pois para a virtude não se substitui a técnica e vice-versa³⁴³. Torna-se elementar a razão, que abre as portas aos melhores argumentos, e a correção, a cada vez, estejam presentes nos espíritos livres.

³⁴² ALEXY, 2010, p. 97.

³⁴³ GADAMER, 2004, p. 422.

3.1.6 Reflexões sobre atual etapa dos MSM

Naomi Wolf³⁴⁴ é uma das maiores pensadoras vivas da terceira onda do feminismo. Para tanto, difunde e fortalece, mundialmente, que a mulher conquistou o poder sobre o próprio corpo e que por isso não há roupas vulgares. O corpo é erótico, é o que quiser que seja; o feminismo não é uma oposição aos homens, é uma questão humana, não é uma guerra entre homens e mulheres. Enfim, contemporaneamente, o feminismo não dita regras sobre suas visões políticas porque a afiliação é parcial e apenas se trabalha o que um grupo de mulheres têm ou não em comum.

Alain Touraine³⁴⁵, com o objetivo de conhecer o pensamento e a experiência vivida por alguns grupos de mulheres, conclui que as mulheres contemporâneas vivem em um universo de representações e de práticas orientado pela criação de si e pela recomposição da sociedade. Essa recomposição implica a passagem de certa conjuntura feminina definida como *mulher-para-o-outro* para outra definida como *mulher-para-ela-mesma*.

Essa observação de Touraine traduz o enfraquecimento do feminismo relacional ou tese da conexão, desenvolvida a partir dos estudos da psicóloga Carol Giligan³⁴⁶ que apontou uma ética do cuidado na formação das mulheres verso ética do direito dos homens, na qual há práticas que induzem a menor valorização da autonomia em prol da preocupação (ética do cuidado) em contraposição a obrigações (ética do direito).

Suzana Gamba³⁴⁷ aponta algumas das principais questões do feminismo contemporâneo como indefinição de propostas coletivas articuladas na sociedade civil pela ausência de canais de validação do diálogo com o feminismo; fragmentação e interrupção das propostas; e a radicalização impraticável nos movimentos populares. Hoje, o desafio é encontrar condições adequadas para as

³⁴⁴ Em 1991 houve tradução do livro *O Mito da Beleza*, uma obra de referência sobre a exigência de adequação das mulheres a um ideal de beleza dificulta a ascensão das mulheres ao poder político e social.

³⁴⁵ TOURAINE, A. **O mundo das mulheres**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

³⁴⁶ GILLIGAN, C. In a Different voice. Harvard University Press, 1982, *apud* SÁES, M. Breve Análisis de las tendencias feministas contemporâneas y su relación com el Derecho. In: BUGLIONE, S.; VENTURA, M. (orgs.). **Direito à reprodução e à sexualidade**: uma questão de ética e de justiça. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 159-164.

³⁴⁷ GAMBA, S. **Historia y corrientes**. Disponível em: <<http://agendadelasmujeres.com.ar/index2.php?id=3¬a=5704>> Acesso em: 13 abr. 2014.

reivindicações com os movimentos sociais mais amplos, isto é, conduzir as mudanças exigidas pela sociedade.

Essas mudanças devem considerar, por exemplo, que apesar, da influência do MSM, houve mulheres que fizeram parte da história recente sem utilizar o discurso feminista são lembradas com frequência Ayn Rand (autora da Revolta de Atlas), Margareth Thatcher, Maria Quitéria, Marie Curie (Nobel de química em 1903) dentre outras.

Também encontramos indícios de um esgotamento ou necessidade de atualizações do discurso feminista quando se utiliza terminologia “homem opressor” e “patriarcado” em contraposição ao capitalismo³⁴⁸, desconsiderando que em razão da Revolução Industrial, eminentemente capitalista, muitas mulheres abandonaram o campo com objetivo de melhores condições de trabalho e educação. Não deve ser levado a sério o discurso limitador ao exercício da liberdade das mulheres.

A tendência de identificar os sujeitos dos MS num cenário amplo com a identidade de projeto, de resistência e legitimação³⁴⁹, que sinaliza a necessidade do empoderamento da mulher, como habilidade de apropriar-se de seus direitos social, político ou economicamente, é forma emancipação contemporânea da mulher.

A incorporação do conceito de empoderamento, na atualidade, é a razão de ser do MSM. Há conquistas indiscutíveis que influenciaram diversos campos políticos e jurídicos. Porém, para continuar lutando e até não retroagir perante o conservadorismo é preciso refletir acerca da necessidade do sujeito feminista. Estamos no momento histórico, de discutir se a presença da mulher na política é desejável ou seria mais uma presença da mulher e não **presença da mulher que incorpora a ideia.**

Nesse segundo grupo estão “questões de caráter mais procedimentais”. Celi Pinto³⁵⁰ considera que **o problema não está só nos limites da democracia liberal no Brasil.** Nesse contexto, as visões de vida das mulheres contemporâneas são inseridas também como parte de um longo e amplo processo de transição democrática.

³⁴⁸ HIRATA, H.; LABORIE, F.; LE DOARÉ, H. et al. (orgs.). 2. ed. **Dicionário crítico do feminismo.** São Paulo: Unesp, 2009, p. 35; 175-178.

³⁴⁹ GOHN, 2013, p. 241-271.

³⁵⁰ CELI, R. J. P. **Feminismo, história e poder.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2014.

A relevância dos MS para e de mulheres encontra-se pela conquista e no intenso debate de ideias e teorias geradas nas últimas décadas. Atualmente, não buscam um código de regras e sim uma discussão num processo não repressivo, individualizado e atualizado dos diferentes ângulos de visão de direitos fundamentais.

3.2 O ABORTO OU INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ: CONCEITOS E DISPOSITIVOS LEGAIS NO BRASIL

3.2.1 Aspectos históricos

A percepção sobre o período da prática da interrupção da gravidez passou por vários momentos filosóficos distintos ao longo da história. Mas, sempre, incluindo-se a rivalidade entre consciência e alma. No pensamento aristotélico, “a imortalidade é pura matéria de fé”, ou seja, na concepção não há alma. Enquanto, depois do conceito de Descartes de consciência “começa gradualmente a suplantar o conceito de alma”³⁵¹.

Novas interpretações foram construídas sobre o entendimento sobre conceito de fetos e embriões e a respectiva independência ao corpo materno. A fertilização *in vitro* permitiu o acesso direto aos embriões fora do corpo humano, incluindo a sua utilização na investigação. Aos que defendem a ideia de que os fetos e embriões são vidas, omitem o fato de que não têm independência fora do corpo materno. O argumento central é que não pode sobreviver fora do útero materno, ou seja, não há viabilidade de vida ou um sujeito de direitos.

Pode haver uma relação de massa de molécula com indivíduo, mas individualidade aproxima-se da perfectibilidade; massa de células não pode ser uma pessoa, uma vez que está faltando em vários sentidos, inclusive um sistema nervoso organizado; o anencéfalo é definido pela falta do que é própria da natureza da espécie humana: a racionalidade. Contemporaneamente, o critério racional mais aceito é o da formação do sistema nervoso central nas 12 semanas, proposto pelo Conselho Nacional de Medicina (CNM).

³⁵¹ ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**, p. 26-33. Posição conservadora e opressiva às mulheres ver AMARAL, R. C. **O aborto: perspectiva filosófico-constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 2014.

A Revolução Americana (1776) e Revolução Francesa (1789) foram fundamentais para atribuir a liberdade individual e igualdade diante da lei e depois para defender a “liberdade, igualdade e fraternidade em nome da universalidade”. Mary Wollstonecraft, filósofa e escritora, já defendia que homens e mulheres deveriam ser tratados como iguais, e imaginou uma ordem social baseada na razão. Afirma que era “opressivo e ilógico privar uma parte da humanidade dos direitos que concedemos à outra”³⁵².

A agenda discursiva do aborto é uma agenda global depois que grande número de países da Europa, a África do Sul e o Uruguai na América do Sul despenalizaram o aborto. Neste contexto, os movimentos feministas apropriaram-se do debate sobre a autodeterminação reprodutiva, que inclui aborto legal e seguro.

No final da década de 70, na segunda onda, no Brasil, já havia manifestação e reivindicação pública pela descriminalização do aborto. No V Encontro Feminista Latino-americano, em 1990, para aumentar a discussão sobre o tema no continente, foi escolhido o dia 28 de setembro Dia Latino-Americano de Luta pela Descriminalização do Aborto.

3.2.2 Conceito de aborto ilegal ou clandestino e tipos de aborto

O aborto é a interrupção de uma gravidez até 20-22 semanas ou com peso inferior a 500 gramas, subclassificado em: precoce (até 12 semanas) e tardio (entre 12 e 20-22 semanas); após é parto prematuro. No aborto, o feto ou embrião é retirado antes do final do seu desenvolvimento e viabilidade em condições extrauterinas. Pode ocorrer em três situações: espontâneo, induzido e ilegal, sendo que este tipo pode ser realizado de forma segura ou insegura.

- No espontâneo, a interrupção ocorre sem que seja por vontade da mulher em decorrência de vários fatores.
- O aborto induzido é quando existem malformações congênitas, quando a gravidez resulta de um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, quando a gravidez coloca em perigo a vida e a saúde física e/ou psíquica da mulher ou simplesmente por opção da mulher. Pode ser

³⁵² HIRATA, LABORIE, LE DOARÉ, et al., 2009, p. 35; p. 118-119 sobre dilema de Wolstonecraft.

induzido com medicamentos com um agente farmacológico, ou realizado por técnicas cirúrgicas, como a aspiração, dilatação e curetagem.

- **O aborto ilegal ou clandestino** ocorre quando a interrupção voluntária da gravidez é por motivos que não se encontra enquadrados na legislação em vigor.
- O aborto seguro e clandestino é realizado por mulheres que têm condições de pagar profissionais e/ou clínica preparadas e seguras.
- O aborto inseguro é realizado por mulheres em condições de risco e sem profissionais preparados.

Doutrinadores da área da saúde garantem³⁵³ que o acesso ao procedimento seguro é possível em clínicas clandestinas mediante um preço muito alto, contribuindo para a perpetuação do cenário de desigualdade e indignidade das mulheres. Também convergem sobre a difusão de métodos contraceptivos que, por mais ampla que possa ser, não é suficiente para eliminar a demanda por aborto. Em qualquer tipo, quando realizado precocemente por médicos experientes e com as condições necessárias, o aborto induzido apresenta elevados índices de segurança.

3.3 O DIREITO DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ

O significado de autonomia é autolegislação ou autodeterminação: nós fazemos as leis a que obedecemos. A razão dita de forma autolegislativa quais preceitos morais às quais devemos nos submeter como um ser racional. A autonomia individual é assegurada na Constituição Federal art. 5º, *caput* e, especificamente nos incisos II, IV, X e LIV, considerando que o direito à privacidade em matéria de procriação É atrelado ao direito de autodeterminação em todas as escolhas reprodutivas ou não reprodutivas. O § 2º desse mesmo artigo garante a proteção de outras advindas dos princípios constitucionais, ou de tratados

³⁵³ BURSZTYN, I.; TURA, L. F. R.; CORREA, J. S. Acesso ao aborto seguro: um fator para a promoção da equidade em saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 475-487, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000200013&script=sci_arttext> Acesso em: 17 jun. 2015.

internacionais ratificados pelo país³⁵⁴. A complementariedade entre o princípio geral da legalidade e da liberdade é amplamente calçado no pensamento kantiano, conforme lembramos no início deste tópico.

A justificação constitucional também pode ser desenvolvida por fundamentos de Estado Democrático de Direito que são o exercício amplo da cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político aliado ao princípio da promoção do bem de todos sem discriminação³⁵⁵ que impulsionam o discurso argumentativo.

A Primeira Conferência Internacional de Direitos Humanos em 1968 reconheceu a importância dos direitos humano das mulheres, em 1975, o ano Internacional das Mulheres, 1979, Convenção de Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulheres. No Cairo em 1994, além de inserir no conceito de direitos reprodutivos como direitos humanos, reconheceu como direitos sexuais, mas ligado à saúde e, no mesmo ano, houve a Convenção de Belém do Pará, que se destinaram a prevenir, punir e erradicar obstáculos ao controle de fecundidade pelas mulheres como violação à autonomia reprodutiva, assim como a denúncia médica de prática de aborto com violação à intimidade, direito que também abrange a tomada de decisão sobre o corpo.

Na conferência de Beijing, dos compromissos assumidos, destacam-se:

- i) considerando que o aborto sem condições de segurança constitui uma grave ameaça à saúde e à vida das mulheres, promover pesquisas com vistas a compreender melhor e a enfrentar com mais eficácia as causas e as conseqüências do aborto induzido, inclusive seus efeitos sobre a subsequente fertilidade e sobre a saúde reprodutiva e mental, e das práticas anticoncepcionais, além de pesquisas sobre o tratamento de complicações resultantes de abortos, e os cuidados pós-aborto.

³⁵⁶

³⁵⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. § 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁵⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; V – o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁵⁶ Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf> Acesso em: 15 jan. 2015.

A definição de saúde sexual apresentada na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD) realizada no Cairo³⁵⁷ foi a seguinte:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e as suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer.

A discriminação social da mulher, especialmente no acesso limitado aos serviços sociais e de saúde reprodutiva, que incluem os serviços de planeamento familiar, encontra-se entre os fatores que contribuem para os elevados níveis de fertilidade, doença e mortalidade, assim como para uma baixa produtividade econômica.

Em Viena (1993), estabeleceu-se que os direitos das mulheres são direitos humanos e não devem ser subordinados a tradições culturais ou religiosas, que expandiu para estipulação dos direitos sexuais e reprodutivos na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo (1994), reconhecendo o aborto como um problema de saúde pública que põe em perigo inúmeras mulheres pelo mundo. Na Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing (1995), além das ratificações, foram ressalvadas as condições básicas de se ter capacidade de desfrutar de uma vida sexual livre de coerção, discriminação ou violência.

A maternidade livre de mandatos sociais, o desenvolvimento de uma sociedade democrática e para tanto o Comitê para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres que estabelece que o direito da mulher exercer plena e livremente as funções reprodutivas inclui o direito de ter filhos e os Estados têm a responsabilidade de revisar as leis que penalizam as mulheres que recorrem ao aborto, reflexo de uma sociedade democrática que considera a maternidade livre de mandatos.

³⁵⁷ Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2015. Este também nas justificativas do PL 882/2015.

3.3.1 Direito de liberdade reprodutiva responsável

A Constituição Federal faz um alinhamento da paternidade e maternidade responsável com a dignidade humana no art. 226, § 7º e a responsabilidade do Estado no que se refere a propiciar recursos ao planejamento familiar.³⁵⁸ Nas Conferências em Cairo e Beijing, na década de 1990, os direitos reprodutivos foram melhor definidos. Conforme mencionamos em tópicos anteriores, os direitos reprodutivos ancoram-se no reconhecimento do direito básico de todo indivíduo decidir livre e responsavelmente sobre a oportunidade de ter filhos, ter a informação e os meios de assim o fazer; direito à saúde sexual e reprodutiva, e o direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência³⁵⁹.

Os direitos das mulheres ao livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais geram dicotomias ou dimensões de justiça que, geralmente, envolvem os binômios sócio-econômicos/cultural e público/privado. Sob a lente de Nancy Fraser³⁶⁰, a bipartição da justiça em sócio-econômica e cultural só pode ser compreendida com base nas categorias reconhecimento e distribuição, que são ao mesmo tempo dilemas e complementariedades. As injustiças culturais ocorrem quando não há reconhecimento de grupos com práticas enclausuramentos dos mesmos (*group enclaving*). As injustiças sócio-econômicas abrangem as teorias tradicionais de justiça distributiva, especialmente as preocupações com as situações de pobreza, a exploração, a desigualdade.

No entanto, alerta que a visão só é completa quando as lentes são sobrepostas. Inviável um economicismo redutor, bem como um culturalismo vulgar porque a única perspectiva adequada é a que abarque tanto o reconhecimento quanto a distribuição de justiça. A correção de injustiças requer uma política de reconhecimento, mas isso não significa política de identidade porque há uma recusa

³⁵⁸ “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” Em 12 de janeiro de 1996, foi sancionada a Lei nº 9.263, conhecida como a Lei do Planejamento Familiar.

³⁵⁹ A prática ilegal da esterilização de mulheres foi denunciada através de movimentos feministas ao Congresso Nacional em 1981, que gerou a instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e concluiu por confirmar que as mulheres se submetiam à esterilização cirúrgica também por falta de outras opções contraceptivas disponíveis e reversíveis, e, em algumas ocasiões, sem consentimento das mulheres.

³⁶⁰ FRASER, N. **Social justice in the knowledge society: redistribution, recognition, and participation**. Disponível em: <<http://wissensgesellschaft.org/themen/orientierung/socialjustice.pdf>> Acesso em: 26 out. 2014.

em privilegiar ou falsear reconhecimento que valorizam identidades de grupo existentes.

Assim, o direito democrático das mulheres de livre exercício da sexualidade, fundado nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, também equivale respeitar a diversidade na manifestação da sexualidade e igual acesso aos bens necessários à vida em sociedade.

As reivindicações e demandas em torno dos direitos dos argumentos jurídicos e políticos da interrupção da gravidez tomam um espaço cada vez maior. O esforço de sistematização que se propõe é base de discussão abrangente a partir da enunciação de princípios jurídicos fornecidos pelos direitos humanos aplicáveis às questões sexuais e reprodutivas das mulheres. A compreensão positiva dos direitos dos sexuais das mulheres vai além de regulações restritivas de normas jurídicas e suas aplicações, forjando assim um direito emancipatório em seu espírito.

Os grandes eixos, segundo Rios, que estruturam o debate são as relações sexuais e suas consequências nos campos da violência e a fundamentação dos direitos sexuais que é atada historicamente à ideia de saúde sexual. Esse modelo de compreensão democrática das mulheres sobre a responsabilidade sobre o próprio corpo é denominado de direito democrático de liberdade reprodutiva, que não teve o enfoque sob os direitos das mulheres de não se reproduzir.

Todavia, os fatores determinantes da enorme privação de direitos e a limitação de oportunidades dignas a milhares de mulheres criminalizadas pela interrupção voluntária da gravidez podem ser avaliados por perspectivas semelhantes, isto é, através do MS que é um instrumento mais eficaz na democratização da discussão:

A importância desta tarefa vai além da coerência teórico-científica e do cultivo do saber intelectual. Construir, na medida do possível, uma abordagem jurídica mais sistemática possibilita a profissionais do direito e a movimentos sociais um instrumento de intervenção mais eficaz, além de exigir um aprofundamento destes debates de modo coerente e possibilitar a democratização da discussão, e via de consequência, do sistema jurídico e político como um todo.³⁶¹

No exercício da democracia e cidadania, reivindicações abrangem as mais diversas situações individuais e coletivas. Dessa dinâmica resultam demandas de

³⁶¹ RIOS, R. R. (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

inclusão social, econômica, política e cultural para se construir uma sociedade democrática que clama por um conceito de cidadania não apenas ligado ao *status* jurídico decorrente do pertencimento nacional, ou regional.

O direito de liberdade reprodutiva responsável também inclui respeitar a diversidade na manifestação da sexualidade e igual acesso aos bens necessários à vida individual e coletiva no qual o reconhecimento da vulnerabilidade ao resguardar a própria dignidade não tem ligação com a vitimização ou teatralização da infelicidade, pois no primeiro estão contextualizados os cenários de injustiça, opressão, exploração e violência.

3.3.2 Dispositivos nacionais e internacionais que criminalizam a prática do aborto

O nascituro tem seus direitos garantidos na Declaração de Genebra, Pacto de São José da Costa Rica e as Recomendações n.º 934/82, 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa. O Código prevê nos seguintes artigos:

Art 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena: detenção, de um a três anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante

Pena: reclusão, de três a dez anos.

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

Pena: reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Art. 127. (Aborto Qualificado). As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Portanto, o Estado protege, integralmente, o nascituro enfatizando o direito à vida, integridade física e psíquica, salvo as exceções consagradas pela sociedade e pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3.3 Considerações gerais a favor e contra a descriminalização do aborto

O fio condutor deste trabalho é construir um argumento. E conforme vimos³⁶², para tanto é preciso passar, sucessivamente, pela interpretação, pretensão de correção e verificação pública. Neste tópico trataremos apenas de alegações do senso comum, sem desenvolver para uma *declaração problemática*.

O tema aborto, em especial no campo da bioética, confunde-se ou se entrelaça com discussões relativas ao ponto de início da vida. Não é objeto deste trabalho tal discussão porque está em harmonia com CNM, no sentido de que antes das 12 semanas não há violação do direito à vida, mas a busca por definição do conceito do início da vida humana e, portanto, até que momento a prática do aborto voluntário é sob o ponto vista ético aceitável uma necessidade do Supremo Tribunal Federal.

Não é uma discussão simples porque os argumentos científicos são contaminados por valores morais e religiosos. Tanto que o principal argumento, contemporaneamente, para a manutenção da restrição legal é de ordem ético-religiosa. Há argumentos respeitáveis de ambos os lados, pois, em geral, o que se discute não é caso de ser contra ou favor do aborto e sim o fim da sua criminalização ou não. Assim, também considerando o até agora exposto, listamos as alegações geralmente utilizadas pelos cidadãos contrários à descriminalização do aborto:

- Direito ou proteção à vida; o país não tem estrutura hospitalar; estímulo à irresponsabilidade; redução do uso de métodos contraceptivos; crenças religiosas; número de abortos aumentaria.

Enquanto alegações a favor da descriminalização, também considerando o até agora exposto, são os seguintes:

- Direito da mulher ao controle/cuidado do seu próprio corpo, autonomia da vontade; questão de saúde pública; não interferência estatal em decisões pessoais; menor risco de morte da mãe; proteção aos filhos de orfandade.

³⁶² Ver itens 1.2.1 e 1.5.1.

Em qualquer caso, o respeito à manifestação livremente sobre suas crenças e opiniões não deve ser confundido como uma autorização de violação do direito à vida e à dignidade da mulher.

3.3.4 A decisão do STF sobre a anencefalia e decisões do Tribunal Constitucional Alemão sobre autorização do aborto até 12 semanas

A situação do aborto é um dos casos da vida moderna que são considerados muito difíceis (*hard cases*), pois há grande na aplicação do princípio da proporcionalidade. Isto é, na ponderação entre bens jurídicos e o reconhecimento de uma situação fática, que se traduz no caso concreto na identificação do interesse que deve prevalecer.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde no STF.³⁶³ Em 2012, por oito votos a dois, prevalecendo o voto do Min. Relator, Marco Aurélio Mello, vencidos os Ministros César Peluso e Ricardo Lewandowski, foi julgado procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria tipificada no Código Penal.

Nesta decisão seguiu-se a doutrina alexyana de que não existem princípios absolutos em um ordenamento jurídico que reconheçam direitos fundamentais, bem como foi perquirido com base em dados científicos o grau de violação da dignidade da mulher sujeita a tão desafortunada situação.

Também foram resgatados princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, bem como o do direito à saúde. Examinaram-se as premissas de reserva legal e liberdade de conformação do legislador; e dever de proteção como importante faceta do princípio da proporcionalidade. A decisão do Supremo Tribunal:

não impõe que as mulheres grávidas de feto anencefálico realizem aborto; apenas não pune aquelas que o realizarem por não suportarem a dor moral de gerar um nascituro com morte anunciada (Voto Ministro Luiz Fux *in fine*).

³⁶³ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm> Acesso 11/11/2015

Esta é a direção discursiva, no Brasil, na qual **não se é a favor do aborto** e sim a favor da descriminalização da escolha, isto é, **não se quer obrigar ou induzir nenhuma a mulher ao abortar e sim não criminalizar a escolha da mulher.**

Na Alemanha foram 4 as principais decisões constitucionais³⁶⁴. A primeira reduziu penalidades nos casos de aborto e autorização do aborto até 12 semanas. Na Alemanha em 01/02/1975 foi a decisão 39 do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgerichts*, BverfGE). Houve descontentamento social intenso. A União Democrata Cristã ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade que foi julgada procedente em 25/02/1975.

A segunda, em 28/05/1993, o Tribunal Constitucional determinou a regulamentação da interrupção da gravidez, com vigência em toda a Alemanha, suprimindo as diferenças jurídicas existentes entre as partes reunificadas da Alemanha; com essa emenda permitiu o aborto realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez.

A terceira, em 1995, a lei sofre alteração para que o aborto na rede pública houvesse só para mulheres de classes mais pobres. E a quarta, em 2010, uma nova reforma ocorreu e o Estado alemão passou a exigir que a mulher passasse por um aconselhamento designado para encorajá-la a ter filho.

Portanto, antes, na Alemanha, havia um modelo de discurso em prol das situações de necessidades da mulher, mas a força argumentativa esgotou-se com modelo discursivo de intimidação em face ao juízo de terceiros sob as mulheres. Hoje, as alemãs encontram-se num discurso de autonomia na qual a base é a decisão consciente e esclarecida mulher nas intervenções, quando autorizada em até 12 semanas.

3.4 ARGUMENTOS TÉCNICOS: DADOS E PESQUISAS SOBRE ABORTOS INSEGUROS NO BRASIL

No mundo, estima-se entre 42 e 46 milhões de abortos anuais, ou seja, entre 20% e 22% do número de gravidez no mundo. Dentre os abortos praticados, anualmente, estima-se que 19 milhões são inseguros, ou seja, abortos em que a

³⁶⁴ Geraldina González de la Veja. Disponível em <http://treboles.tumblr.com/post/10681890621/la-interrupcion-del-embarazo-en-alemania> Acesso: 5/11/2015

vida mulher está em perigo. Na América Latina estima-se que 17% das mulheres morrem³⁶⁵.

3.4.1 OMS: pesquisas e Manual de prática clínica para um aborto seguro

A Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou, em 2014, a segunda edição do Manual de Prática Clínica para um Aborto Seguro³⁶⁶, que foi dividido em quatro tópicos principais: estimativas sobre o aborto inseguro pelo mundo, as últimas recomendações clínicas para realizar abortos, recomendações para “ampliar” os serviços e conselhos sobre formulação de políticas e legislação.

Os defensores internacionais do aborto comemoraram o novo manual da OMS como um **grande avanço ao tratar com respeito o acesso ao aborto na saúde da mulher e na sua capacidade de exercer plenamente os seus direitos humanos**.

A OMS, além direcionar o conceito de aborto e tipos, consagra a terminologia aborto inseguro sob o seguinte entendimento:

é um procedimento para terminar uma gravidez indesejada, realizado por indivíduos sem as habilidades necessárias e/ou em ambiente abaixo dos padrões médicos exigidos.³⁶⁷

Segundo a OMS, em 1984 foram feitos no Brasil cerca de 10 milhões de abortos clandestinos e 3% das mulheres que se submeteram a aborto inseguro morreram. No entanto, Lima ressalta que há subestimativa estatística decorrente da subnotificação das mulheres que fizeram aborto inseguro.³⁶⁸

³⁶⁵ BOLADERAS, M. El aborto: es bueno todo lo que es justo? In: BLASCO, P. L. (orgs.). **La justicia entre la moral y el derecho**. Madrid: Trotta, 2013. p. 151-152.

³⁶⁶ Com relação à temática prevenção do aborto inseguro, há as seguintes publicações da OMS: Aborto: Orientação Técnica e de Políticas para os Sistemas de Saúde em 2012; Abordagem Estratégica da OMS para o esforço das políticas e programas de saúde sexual e reprodutiva em 2007; Guia prático para gerentes de programas em 1997; As complicações do aborto Orientações técnicas e gerenciais para Prevenção e Tratamento em 1995. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/unsafe_abortion/es/> Acesso em: 22 jun. 2015.

³⁶⁷ BURSZTYN, TURA, CORREA, 2009, p. 475-487, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000200013&script=sci_arttext> Acesso em: 17 jun. 2015.

³⁶⁸ LIMA, B. G. C. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 7, p. 168-172, 2000. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1020-49892000000300005&script=sci_arttext> Acesso em: 20 jun. 2015.

3.4.2 Pesquisa Nacional do Aborto divulgada em 2010: número elevado de aborto ilegal em todas as classes e de internações no SUS

No Brasil, o estudo mais recente e representativo sobre o tema, que fortaleceu as manifestações coletivas e abriu caminho para novas atualizações e interpretações institucionais, foi a Pesquisa Nacional do Aborto divulgada a partir de 2010, realizada pela Universidade de Brasília (UnB), em parceria com Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e o Ministério da Saúde, liderada pela antropóloga e professora Débora Diniz, e pelo sociólogo Marcelo Medeiros³⁶⁹. Esta revelou que uma em cada cinco brasileiras aborta ao menos uma vez na vida e que essas mulheres são na maioria casadas de todas as religiões e idades.

Esta pesquisa somada ao fato do número de internações pós-aborto por complicação é muito elevado, mais de 200 mil, que contribui para permanência da **quinta causa de morte materna**. Estes fatos revelam a necessidade de se assumir como um problema de saúde pública prioritária no Brasil que poderia proporcionar convicção de sua escolha ao dar oportunidades de dialogar com profissionais (um ginecologista, um psicólogo e um assistente social), opção que tem resultados ótimos em diversos países.

No Brasil, o **alto número de internações no Sistema Único de Saúde (SUS) com diagnóstico de aborto**, representando um gasto, reforça a evidência de que a restrição legal não é suficiente para coibir a prática do aborto, mas impõe um risco evitável à saúde de mulheres jovens. Enquanto a legalização facilita o acesso a procedimentos seguros, apesar da crença comum, não estimula o aumento da prática; exemplos clássicos são a Romênia e, recentemente, o Uruguai.

3.4.3 Desigualdades regionais e sociais no aborto inseguro

Salvador é a capital brasileira, segundo o Ministério da Saúde (2004)³⁷⁰, desde o início da década de 90, que tem registrado o aborto inseguro como a

³⁶⁹ O resumo da pesquisa pode ser visto em DINIZ, D.; MEDEIROS, M. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 15, 2010. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>> Acesso em: 16 out. 2014.

³⁷⁰ Fato também ressaltado por LIMA, B. G. C. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 7, p. 168-172, 2000. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1020-49892000000300005&script=sci_arttext> Acesso em: 20 jun. 2015.

primeira causa de mortalidade materna. E ressalta que o impacto na América Latina da criminalização são as altas taxas de mortalidade da mulher, colocando o aborto inseguro responsável por 17% das mortes maternas e por uma taxa de internação de oito em cada mil mulheres na América Latina.

Há grande disparidade regional na incidência do abortamento provocado. Entre as adolescentes de 15 a 19 anos, a distribuição geográfica aponta para as Regiões Norte e Nordeste como as que apresentam maiores riscos de aborto induzido, junto com o Distrito Federal e os Estados do Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro. Há maior prevalência de abortos nas raças negra e parda do que na branca. As primeiras apresentam um risco relativo aproximadamente três vezes o risco das últimas, comprovando que a prática do aborto inseguro tem relação direta com a incidência e as diferenças sócio-econômicas, culturais, étnico-raciais e regionais³⁷¹.

A criminalização do aborto não reduziu a sua incidência, mas sim tem contribuído para aumentar a sua prática clandestina, em condição de risco que traz impactos graves para a saúde e a vida das mulheres. A disponibilidade de métodos contraceptivos não é fator suficiente para erradicar o aborto, assim como não o é a proibição legal e o constrangimento por parte das organizações religiosas³⁷².

3.5 ARGUMENTOS DEMOCRÁTICOS: PRINCIPAIS ONGS EM PROL DA DESCRIMINALIZAÇÃO QUE ATUAM NAS BASES DE MSM NO BRASIL

Democracia é levar o outro a sério, é ser reflexivo, conforme ressalta Alhures³⁷³. Autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana são os principais valores que sustentam a democracia. Neste sentido as quatro organizações trabalham.

As duas organizações, de origem internacional, a serem mencionadas são as mais antigas e muito atuantes, direta ou indiretamente, nos MSM. E têm em comum, além da descriminalização do aborto, primordialmente, combater a violência contra

³⁷¹ INSTITUTO DE MEDICINA SOCIAL – IMS. **Magnitude do aborto no Brasil**: uma análise dos resultados de pesquisa. Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/uploads/eventos/mag_aborto.pdf> Acesso em: 18 jun. 2015.

³⁷² BURSZTYN, TURA, CORREA, 2009, *on-line*, ressaltam que na Dinamarca que aquelas que frequentavam o pré-natal na Dinamarca, encontrou-se o relato de falha do contraceptivo em 45%; no Canadá identificou associação entre violência conjugal e prática repetida de abortos. Em muitos casos, a gravidez ocorre em vigência do contraceptivo oral e está relacionada com o uso inadequado.

³⁷³ Ver 1.7.

as mulheres e a defesa da laicidade do Estado. Paradoxalmente, apesar de trabalharem para que se evitem vários crimes, houve e há acusações de apologia ao crime.

3.5.1 Católicas Pelo Direito de Decidir

Criada nos Estados Unidos na década de 1970, sendo que em 1996 instituiu-se a versão latino-americana, trabalham com educação sexual, contracepção, saúde integral, descriminalização e despenalização do aborto. Escudero Rava³⁷⁴ apresentou os principais argumentos contra os dogmas religiosos dessa que é uma grande apoiadora de qualquer MSM pró-descriminalização do aborto no Brasil. Essa ressaltou que os dogmas, por natureza, são de caráter absoluto. Assim, a vida humana é defendida como um presente divino e sagrado e por isso absoluta e imutável.

Entretanto, segundo Rava, apesar dessa sacralidade da vida humana que tenta dar condição de pessoa ao embrião, não existe posição firme da igreja católica ou da doutrina da humanização imediata ao longo da história do Direito Canônico. Tanto que houve diversos posicionamentos como a de que o aborto provocado era considerado pecado sexual. Em outro momento incluiu aborto como assassinato somente quando havia feto formado, sendo que a direção dos dias atuais foi tomada no final do século XIX. Evidentemente, a penalização não evitou aborto das fieis e agravou as consequências para a sociedade.

3.5.2 Women on Waves (mulheres sobre ondas) e Women on Web (mulheres na rede)

Criada em 1999, funcionava em uma embarcação que navegava na costa de países onde o aborto era proibido. Nos anos 2000, a ONG foi rebatizada de Women on Web e promove ajudas *on-line* sanando dúvidas, auxiliando no aborto medicamentoso e enviando remédios abortivos para diversos países, inclusive o Brasil, que vive sob constante ameaça de retrocesso.

³⁷⁴ ESCUDERO RAVA, B. Feminismo y religión: apuntes sobre católicas por el derecho a decidir. *Mora*, [online], v. 14, n. 2, p. 114-124, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/mora/v14n2/v14n2a03.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2015.

Exemplo deste tipo de ameaça é o Projeto de Lei nº 1.763/2007, conhecido como estatuto do nascituro para criminalização total e irrestrita do aborto, e ainda estipular a Bolsa Estupro até os 18 anos³⁷⁵. Este projeto, portanto, compara o momento da concepção (célula zigoto que tem o tamanho de uma cabeça de um alfinete) a um ser humano. É notório que a aprovação dessa lei pode legitimar a violência contra a mulher, além de dificultar a pílula do dia seguinte (distribuída pela rede pública) e o DIU, além de lançar severas dúvidas na gravidez extrauterina (nas trompas), risco a vida mãe, feto anencéfalo e agenesia renal (sem rins).

A Women on Web pode ser inserida no denominado ciberfeminismo³⁷⁶, que se inspira nas estratégias das ondas feministas anteriores porque servem de atos de convivência e construção de uma coalizão social contribuir para oportunidades para encontros pessoais, e a formação de grupos de afinidades que facilitem a construção de um movimento transnacional.

3.5.3 THEMIS: Gênero e Justiça

Foi criada em 1993, com sede em Porto Alegre/RS, por um grupo de advogadas e cientistas sociais feministas com o objetivo de enfrentar a discriminação contra mulheres no sistema de justiça. Sua missão é ampliar as

³⁷⁵ Exemplificando o Projeto de Lei nº 1.763/2007, conhecido como estatuto do nascituro para criminalização total e irrestrita do aborto, e ainda estipula a Bolsa Estupro até os 18 anos da criança. Eis o teor do projeto: “Art. 1º Os crimes de estupro terão investigação e persecução penais prioritárias. Art. 2º Na hipótese de estupro devidamente comprovado e reconhecido em processo judicial, com sentença transitada em julgado, de que tenha resultado gravidez, deverá o Poder Público: I – colocar gratuitamente à disposição da mulher toda assistência social, psicológica, pré-natal e por ocasião do parto e puerpério; II – orientar e encaminhar, através da Defensoria Pública, os procedimentos de adoção, se assim for a vontade da mãe; III – conceder à mãe que registre o recém-nascido como seu e assuma o pátrio poder do benefício mensal de um salário mínimo para reverter em assistência à criança até que complete dezoito anos. Art. 3º O pagamento será efetuado pelos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Amparo à Criança e ao Adolescente. Art. 4º A fraude engendrada para caracterizar o estupro, para qualquer finalidade, será punida com reclusão de um a quatro anos e multa, sem prejuízo da devolução da importância recebida de má-fé, corrigida monetariamente. Art. 5º As delegacias de polícia ficam obrigadas a informar às vítimas de estupro os direitos assegurados por esta lei, bem como as penalidades previstas em caso de fraude. Art. 6º Esta lei entra em vigor no prazo de noventa dias a partir da data de sua publicação.” Note que neste projeto há uma tentativa de inserir uma espécie de direito absoluto sobre a vida, um dogma, valoriza a vida desde a concepção em detrimento da vida de mulheres que morrem ao realizarem abortos clandestinos. E mais, o apoio financeiro deveria ser proposto às mulheres que se encontram em circunstâncias do aborto legal (ou ilegal) decorrentes de estupro em vista a falha do Estado na obrigação de oferecer segurança à vítima do crime de estupro.

³⁷⁶ O ciberfeminismo surgiu em redes eletrônicas anteriores à World Wide Web (www) e após 1984 com publicação HARAWAY, D. J. Manifesto Ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX. In: **Antropologia do Ciborque**: as vertigens do pós-humano. SILVA, T. T. (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

condições de acesso à justiça. É uma organização não governamental com sede em Porto Alegre (RS/Brasil). Participou do consórcio de organizações que debateu e propôs a Lei Maria da Penha e acompanha sua implementação.

As estratégias principais são 3: fortalecer o conhecimento que as mulheres têm dos seus direitos e do sistema de justiça; dialogar com operadores/as do Direito sobre os mecanismos institucionais que preservam e reproduzem a discriminação contra mulheres; advogar em casos estratégicos para proteger e alavancar direitos das mulheres em esfera nacional ou internacional.

Atualmente, combate à violência contra a mulher através de construções com a sociedade civil e de serviços públicos para informar, orientar e defender os direitos fundamentais das mulheres. Desenvolveu o programa Jovens Multiplicadoras de Cidadania (JMCs) e criou o Serviço de Informação às Mulheres (SIM). Explora com eficiência e mobiliza a opinião pública sobre os problemas que envolvem violação dos direitos das mulheres.

3.5.4 Agência Patrícia Galvão

Criada em 2009, uma iniciativa do Instituto Patrícia Galvão – Mídia e Direitos. O nome é uma homenagem à jornalista, escritora, ativista política e cultural Patrícia Rehder Galvão, a Pagu (1910-1962), que teve um papel percussor como mulher exercendo um papel mais ativo na esfera pública.

O objetivo principal é dar maior amplitude à cobertura jornalística, influenciando no comportamento editorial sobre problemas, propostas e prioridades que atingem as mulheres. Também desenvolve a realização de pesquisas de opinião pública em nível nacional, a produção de campanhas publicitárias contra a violência doméstica, a promoção de oficinas de mídia para lideranças sociais e especialistas, e dos seminários nacionais.

3.6 ARGUMENTOS EMPÍRICOS: SITUAÇÕES EMBLEMÁTICAS SOBRE A FALTA DE PROTEÇÃO A DIGNIDADE HUMANA DA MULHER

3.6.1 Revogação de Portaria que regulamentava atendimento à mulheres em casos de violência

A portaria no 415/2014 do Ministério da Saúde, complemento da Lei 12.845/2013 que regula o atendimento obrigatório a mulheres vítimas de violência sexual na rede de saúde, foi revogada sob alegação que poderia ter legalizado o aborto, fato que levou grupos de pressão ao Congresso Nacional.

No entanto, por ser o aborto legalizado em três situações (quando existe risco para a vida da mulher; quando a gravidez resulta de violência sexual; quando existe gravidez de feto anencéfalo), cada um desses casos precisa ser regulamentado pelo Ministério da Saúde para o pleno atendimento das pessoas que têm direito a esse recurso. Essa portaria melhoraria o atendimento às mulheres que têm direito a realizar um aborto legal nas mais de 5.500 cidades do país.

O Projeto de Decreto Legislativo 1487/2014 foi proposto pelo Presidente da Câmara dos Deputados, para sustar os efeitos da portaria, alegando que a mesma não traria “rígidos requisitos de comprovação de que o procedimento é decorrente de estupro, forma prevista na legislação atual”³⁷⁷.

Houve situação semelhante, com pressão de força da igreja, segundo Kalsing, foi no debate travado no parlamento gaúcho pelo projeto de lei 148/97³⁷⁸ para regulamentação do aborto legal na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul. O projeto dispunha sobre o atendimento nos hospitais da rede pública de saúde nos casos de aborto previstos no Código Penal brasileiro – gravidez resultante de estupro ou que represente risco de vida para a gestante.

³⁷⁷ **Mulheres recorrem ao Congresso contra retrocessos no direito ao aborto previsto em lei.** Disponível em: <<http://agenciapatriciagalvao.org.br/direitos-sexuais-e-reprodutivos/mulheres-recorrem-ao-congresso-contr-retrocessos-direito-ao-aborto/>> Acesso em: 20 jun. 2015.

³⁷⁸ KALSING, V. S. O debate do aborto: a votação do aborto legal no Rio Grande do Sul. **Cadernos Pagu**, v. 19, p. 279-314, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n19/n19a11.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2015.

3.6.2 Conselho Federal de Medicina parecer favorável perante o Senado Federal: a inércia do parlamento federal e a espera pela atividade jurisdicional

Aqui, não utiliza o caráter “revolucionário do feminismo diretamente em questões de direito”³⁷⁹. Primeiro, em razão da importância da jurisdição constitucional³⁸⁰ na efetivação da democracia e dos direitos fundamentais; segundo, porque a questão nuclear deste trabalho foi apontar o arcabouço teórico jurídico e empírico, sobre as consequências legais da ausência de cumprimento do dever de proteção estatal com relação às mulheres que realizam aborto ilegal e inseguro, como uma possibilidade de obstar a injustiça extrema.

Nesse contexto, de desenvolvimento de injustiça extrema, o Conselho Federal de Medicina foi instado a se manifestar a respeito do anteprojeto da reforma do Código Penal. Dentre as justificativas³⁸¹ merecem destaques as éticas e bioéticas, e as sociais, que foram nos seguintes termos:

Éticos e bioéticos – Entendeu-se, por maioria, que os atuais limites excludentes da ilicitude do aborto previstos no Código Penal de 1940, os quais vêm sendo respeitados pelas entidades médicas, são incoerentes com compromissos humanísticos e humanitários, paradoxais à responsabilidade social e aos tratados internacionais subscritos pelo governo brasileiro. Ressalte-se que a rigidez dos princípios não deve ir de encontro às suas finalidades. Neste sentido, deve-se ter em mente que a proteção ao ser humano se destaca como apriorístico objetivos moral e ético. Tais parâmetros não podem ser definidos a contento sem o auxílio dos princípios da autonomia, que enseja reverência à pessoa, por suas opiniões e crenças; da beneficência, no sentido de não causar dano, extremar os benefícios e minimizar os riscos; da não maleficência; e da justiça ou imparcialidade, na distribuição dos riscos e benefícios, primando-se pela equidade.

Sociais – As estatísticas de morbidade e mortalidade da mulher em decorrência de práticas inseguras na interrupção da gestação são ainda maiores devido à dificuldade de acesso à assistência adequada, especialmente da parcela menos favorecida da população. Esse aspecto agrega a dimensão social ao problema, que lança no limbo um segmento importante de mulheres que acabam perdendo a vida ou comprometendo sua saúde por conta de práticas sem o menor cuidado.

³⁷⁹ Neste sentido quando propõe “sistema jurídico em relação ao gênero BELEZA, op. cit., p. 116-122, propõe os modelos de direito discriminador, direito neutro e direito antidiscriminador.

³⁸⁰ Ver 1.5.2 e 1.7.1.

³⁸¹ **Ofício CFM n. 4867/2013 ao Senado Federal.** Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=128477&tp=1>> Acesso em: 15 mar. 2015.

A decisão favorável, em 2013, prevaleceu e contou com aprovação de cerca de 70% dos conselheiros Federais, que levaram em consideração o grave problema de saúde pública e a autonomia da vontade da mulher. O parecer favorável foi para liberação do aborto até 12 semanas de gestação, independentemente da apresentação de laudos médicos ou psicológicos, um critério que revigora a proteção da liberdade individual no exercício do direito de escolha da mulher. As hipóteses foram as seguintes:

- quando “houver risco à vida ou à saúde da gestante”;
- se “a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”;
- se for “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”;
- se “por vontade da gestante até a 12^a semana da gestação”.

As justificativas dos conselheiros para a delimitação do prazo é que só após período pode implicar maiores riscos à mulher e também porque é quando no feto começa a se formar o sistema nervoso central. O direito do nascituro não é maior que da mulher, isto é tão pacífico que os médicos entre a vida da mãe e a vida do feto decidem pela vida da mãe.

3.6.3 Caso Jandira Magdalena dos Santos: um dos exemplos no PL 882/2015 de não corporativismo de gênero e de contribuição para cidadania argumentativa

O caso de Jandira é um grande exemplo da realidade do aborto inseguro no país. Em 2014, Jandira foi levada por um grupo de pessoas para uma clínica de aborto no Rio de Janeiro. O procedimento ilegal e inseguro não teve êxito e surgiram algumas complicações. Jandira foi queimada viva e deixou 2 filhas.

Este é um dos casos citados nas razões do PL 882/2015 que demonstra mais uma vez o fim do corporativismo e gênero no parlamento brasileiro porque foi proposto por um homem. É um dos casos citados nas razões além de uma proposta

do mais recente e completo projeto de descriminalização de aborto no país, que nas justificativas do PL ressalta o seguinte:

Esses abortamentos acontecem, na maioria das vezes, por meio de procedimentos realizados sem assistência adequada, de forma insegura e na ausência de padrões sanitários adequados, gerando possibilidades de complicações pós-aborto, como hemorragia e infecção, infertilidade ou morte. Mais recentemente, em especial no Rio de Janeiro, a prática do aborto tem **ficado a cargo das milícias e do tráfico de drogas**, já que todas as clínicas que possuíam infraestrutura e profissionais qualificados foram fechadas e seus trabalhadores criminalizados. Os casos de Jandira Magdalena dos Santos Cruz e Elizângela Barbosa são emblemáticos e comprovam que quando o Estado se omite, o vácuo é preenchido da pior maneira. A criminalização e as leis restritivas não levam à eliminação ou redução do número de abortos provocados, mas produzem, sim, um efeito que os defensores dessa política preferem ignorar: **o aumento considerável dos índices de morbidade feminina, representando, ainda, uma das principais causas de morte materna no Brasil, como acontece em outros países onde o aborto é total ou parcialmente ilegal.** E é nesse aspecto que a “lei do faz de conta” não é inócua: a legalização do aborto evitaria milhares de mortes e casos de prejuízos à saúde das mulheres que, por falta de recursos econômicos, recorrem à prática da interrupção voluntária da gravidez nas piores condições de risco e insegurança. E é nesse efeito da lei que reside a segunda mentira: a “defesa da vida”, porque **a criminalização do aborto mata.** Além disso, dificulta o registro e a alimentação do sistema de informação sobre a mortalidade materna do Ministério da Saúde, contribuindo, assim, para a ocultação dessa causa específica de morte materna, que por vezes é mascarada por infecções e hemorragias, ou simplesmente contabilizada entre os óbitos por causas mal definidas. (grifo nosso)

O artigo que consideramos central do projeto de lei mais emblemático é o seguinte:

Art. 10º – Toda a mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a presente Lei.

O projeto, entretanto, não legisla apenas sobre aborto, mas também sobre direitos reprodutivos e educação sexual nas escolas. Os principais pontos da proposta que merecem destaque são: o procedimento será considerado ato médico; garantia aos profissionais declarar objeção de consciência; equipe interdisciplinar para garantir o repasse de todas as informações necessárias para tomar uma decisão consciente e responsável; apresentar alternativas ao aborto (programas sociais de apoio financeiro, possibilidade de adoção), apoio psicológico e social para superação das causas de induziram ao aborto; período de reflexão de cinco dias, após o médico ginecologista realizará o procedimento imediatamente com ratificação

expressa da mulher; somente o aborto realizado nos termos proposto será descriminalizado, permanecendo ilegais quaisquer práticas com caráter e valor comercial.

O desenvolvimento da cidadã(o) argumentativa(o) se dá na medida em que se possibilite a ampla inserção de participantes no sistema discursivo de homens e mulheres. Sim, porque questões de aborto interessam a homens e mulheres. No entanto, MS feministas radicais são refratárias à participação masculina em questões como o aborto e proferem críticas misândricas ao ingresso dos homens, olvidando-se de que a questão nuclear é de extrema injustiça no exercício da autonomia sobre o próprio corpo, mas há outras questões que os homens e a sociedade em geral têm interesse (aspectos sociais, econômicos, etc.).

Admitir que a questão do aborto é também assunto de homens pode enfraquecer a posição que o aborto só é criminalizado por ser encarado como um assunto de mulher. E mais, só enfraquece as teorias de movimentos sociais limitantes e prova que o caminho mais eficaz é o discursivo-argumentativo.³⁸²

As feministas conservadoras deveriam considerar dois detalhes históricos. Um, que foi um grande erro do feminismo radical difamar a maternidade; dois, que foi fundamental ter brancos financiando movimentos como as Panteras Negras para que a questão racial evoluísse nos Estados Unidos. Corporativismo de gênero equivoca-se porque considera que todas as mulheres são progressistas apenas por serem mulheres.

3.6.4 A clínica de planejamento familiar do Mato Grosso do Sul: a marginalização das mulheres e violação de direitos humanos

Em abril de 2007, o Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul acatou denúncia de 9.922 mil mulheres pela prática de aborto clandestino nos 20 anos de funcionamento da Clínica de Planejamento Familiar. Houve pacientes indiciadas, julgadas e condenadas³⁸³ a “penas alternativas”, como prestação de serviços à comunidade em creches e escolas da cidade.

³⁸² Ver itens 2.2 e 2.6.

³⁸³ Apelação Criminal 2010.021581-5 (0022370-19.2007.8.0001 Relato Claudionor Migel ANSS Duarte.

Os prontuários médicos foram expostos publicamente e desencadeou “uma onda de revolta” contra as mulheres que constavam da lista, que foram condenadas pela opinião pública antes do julgamento.³⁸⁴ Note que houve várias violações aos direitos humanos, merecendo destaque o direito à privacidade e conseqüentemente o devido processo legal ao não proteger os registros médicos e violação da dignidade física e psíquica.

O Estado que trata as mulheres com violência é um Estado injusto. E pior, fica difícil efetivar política de não violência contra as mulheres enquanto não há proteção à escolha das mulheres. Isso significa que a não regulamentação da escolha da mulher é um permissivo de violação da dignidade humana e de direitos das mulheres.

3.7 ARGUMENTO DA UNIVERSALIDADE

A pretensão de verdade dos direitos fundamentais relaciona-se com a matéria, não com o indivíduo. Por essa razão, a ênfase é examinar primeiro em que medida pode ser objetivado e após subjetivado.

3.7.1 A ideia nuclear da autonomia das mulheres

Autonomia, como categoria política, significa a independência de uma organização estatal, que se expressa na possibilidade de poder determinar seus próprios assuntos independentemente de outro poder e promulgar suas próprias leis. E como categoria filosófica deve sua relevância à filosofia kantiana, conforme vimos³⁸⁵, que exige que o homem sirva à sua própria razão ao invés de se deixar determinar por autoridades alheias e pela tradição³⁸⁶.

A ideia de autonomia permeia os principais discursos feministas. Neste sentido, críticas ao feminismo liberal como alvo à dicotomia público-privada, segundo Cyfer³⁸⁷, as mais difundidas são de Carole Pateman e Martha Nussbaum,

³⁸⁴ Negação dos direitos reprodutivos das mulheres no Mato Grosso do Sul. Organização: Ipas Brasil. Disponível em: <http://www.aads.org.br/arquivos/RelatorioMS_FINAL.pdf>

³⁸⁵ Ver item 2.3.1.2.

³⁸⁶ BURKARD; PRECHET, 2008, S. 56.

³⁸⁷ Segundo CYFER, I. **Liberalismo e feminismo**: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010444782010000200009&script=sci_arttext> Acesso em: 20 mar. 2014.

que possuem dois enfoques. No primeiro, versão clássica na qual a sociedade representa o espaço da liberdade pessoal, estar-se-ia a salvo da coerção do Estado; na segunda, os polos opostos eram *social* e *pessoal*. Esta última distinção alerta que foi proposta pelo romantismo para se contrapor ao liberalismo por não ter reservado nenhuma esfera para a intimidade, pois os românticos afirmavam que mesmo a esfera social não libera o indivíduo de forças coercitivas, uma vez que as expectativas sociais constrangeriam os sujeitos a representarem papéis e isso foi trasladado como direito à privacidade.

As duas versões da dicotomia público-privada são problemáticas para o feminismo. A primeira, porque assumiria que soluções meramente formais seriam suficientes para emancipar as mulheres de situações de subordinação como o direito ao voto. A segunda resguardaria da intervenção pública as relações amorosas, familiares e sexuais, que são os espaços em que a discriminação de gênero aparece mais intensamente.

As criminalizações da violência doméstica e, em particular, do estupro marital desafiam as versões. A fusão do público e do privado também apresenta problemas para o feminismo, pois impõe obstáculos na defesa da liberdade sexual feminina, no direito ao aborto se não houver limites à interferência estatal no controle do comportamento individual.

As teorias de Pateman e de Nussbaum, respectivamente, não estão em polos diametralmente opostos em relação a essa questão, pois não defendem a separação ou a fusão total entre o público e o privado. No entanto, enquanto Nussbaum sustenta que é possível e necessário flexibilizar essa dicotomia sem comprometer ideias basilares do liberalismo, como individualidade e autonomia, Pateman acredita que o liberalismo não sobrevive sem que essa oposição permaneça forte, pois é precisamente nesse aspecto teórico que o liberalismo revelaria seu comprometimento histórico e ideológico com o conservadorismo patriarcal.

Ambas coincidem a respeito da concepção de igualdade de gênero e consideram relevante na organização de uma sociedade justa quanto ao gênero é a forma como uma sociedade valora as diferenças biológicas, bem como as implicações dessa valoração na distribuição de bens sociais. Ambas não têm pretensão de atribuir o poder ou a opressão da mulher a desígnios da natureza.

Embora reconheça que o feminismo tenha nascido com o discurso liberal e que o ideal de liberdade e igualdade abstratas tenha sido a tônica do movimento feminista por décadas, Pateman lembra que o liberalismo e o patriarcalismo sempre estiveram mutuamente implicados³⁸⁸. Segundo ela, as teorias sobre o contrato social jamais estenderam sua doutrina da liberdade e da igualdade universal às mulheres. Entende que o contrato social é também um contrato sexual³⁸⁹. Pateman entende que o feminismo aguarda a sua filosofia que substituirá o liberalismo.

Nussbaum³⁹⁰ reconhece acerto nas críticas de Pateman. Porém, avalia que não são suficientes para abalar a consistência do feminismo liberal. Na teoria liberal (em particular a kantiana), extriram-se duas ideias centrais. A primeira é a da igual dignidade entre os seres humanos; e a segunda, o poder de escolha moral do indivíduo entendido como habilidade de planejar uma vida de acordo com sua própria avaliação de fins.

E sob essas óticas estaria comprometido com a tolerância e com a diversidade, no sentido de que não poderia se voltar a uma forma particular de bem, fosse ela religiosa ou laica, resguardando a mais importante herança liberal que é a autonomia do indivíduo, que dê certo se opõe à ideia de que o indivíduo funde-se à coletividade, seja ela política, grupo social ou a família.

Portanto, faz-se necessária aplicação clássica da concepção kantiana de autonomia (imposição da lei a si mesmo e de finitude) que edifica o horizonte próprio e abre a experiências, que pode questionar ou invalidar a tradição.

3.7.2 O direito de dispor sobre o próprio corpo

A teoria política liberal, apesar de ser uma das principais vertentes do feminismo, não podem se desvencilhar da noção eminentemente liberal de autonomia do sujeito que o fundamento basilar do movimento. São muitos utilizados os tradicionais binômios: liberdade e igualdade. No âmbito da vida pública, a ênfase é pela igualdade buscando eliminar a discriminação sexual (especialmente em áreas da vida pública e no mercado de trabalho), quando as oportunidades são desiguais. Um dos sistemas dados pelo feminismo liberal para corrigir essas desigualdades é a

³⁸⁸ Ver item na Parte I sobre liberalismo.

³⁸⁹ PATEMAN, C. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 60 ss.

³⁹⁰ Segundo CYFER, I. **Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero** em Carole Pateman e Martha Nussbaum.

ação afirmativa ou tratamento preferencial, que é uma medida temporária para reequilibrar a balança da igualdade de oportunidades.

A incorporação da dicotomia liberal público-privado e suas premissas no discurso feminista foi sob argumento de salvaguardar um espaço em que a mulher pudesse gerir sua conduta sem a interferência estatal no exercício dos papéis sociais, inclusive no âmbito privado na distribuição de tarefas e de poder na esfera doméstica.

Liberal é qualquer um que apoia a propriedade de um indivíduo em seu corpo e, assim, o direito de dispor de como ele deseja; e ser liberal em prol das mulheres é alguém que luta para o reconhecimento desse direito para as mulheres em particular. Isso pode implicar defender doação de óvulos, o direito de exercer a prostituição, a pornografia, mães de aluguel, a contracepção e o direito ao aborto dentre outros direitos.³⁹¹

Na última década, houve uma tentativa desenfreada de construir uma uniformização nacional de reivindicações feministas ou de mulheres. Porém, movimentos feministas, que historicamente defenderam a liberdade individual das mulheres, investem em medidas coercitivas que violam a liberdade individual em vez de defendê-la. Feminista contemporânea critica situações em que a mulher seria um tipo de “produto”, mas tenta impor um modelo padrão de mulher e desse almeja derivar direitos e deveres.

A identidade de grupo, apesar de estimular laços solidários, limitou papéis e restringiu liberdades. Desconsiderou que a busca é da liberdade dos indivíduos de

³⁹¹ A concepção sobre os sexos como opostos e incomensuráveis ou não uniformidade, como invenção histórica, foi acentuada no final do século XVIII. Nos estudos da filósofa Judith Butler *a priori* não existe uma natureza que defina identidade sexual e identidade de gênero, pois ambas são construídas socialmente e são investidas dos mais diferentes poderes discursivos. A indagação nuclear de Butler foi quando acontece essa construção do gênero? Dessa questão ela rediscutiu fundamentos de teorias feministas sobre gênero. Estabeleceu interlocuções com Simone de Beauvoir ao partir da emblemática afirmação, Butler aponta para o fato de que “não há nada em sua explicação que garanta que o ‘ser’ que se torna mulher seja necessariamente fêmea.” As defesas pela política de identidade de Butler passaram a ser questionadas, apesar da representação das mulheres ter sido muito relevante na alteração da condição cultural das mulheres porque poderia produzir um efeito perverso da representação só se estender ao reconhecido como sujeito, ou seja, o sujeito é produzido e reprimido pela mesma estrutura. Neste sentido ver BUTLER, J. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 15-25; ARÁN, M.; PEIXOTO JUNIOR, C. A. “Subversões do desejo: sobre gênero e subjetividade em Judith Butler”. **Cadernos Pagu** [on-line], v. 28, p. 129-147, 2007 *apud* BUTLER, J. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade; Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 27 e ss. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332007000100007&lng=pt&nrm=iso> Acesso em: 20 jul. 2014; Neste sentido ver COSTA, C. L. **O sujeito no feminismo**: revisitando os debates. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n19/n19a04.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2015.

forma indiscriminada e não manutenção de uma distinção legal entre os sexos, isto é, na questão das mulheres, almeja-se que a liberdade ampare a igualdade de direitos individuais e não em nome de uma associação de grupo.

A emancipação da mulher como um indivíduo com direitos inalienáveis, o fio vermelho feminista, pode tombar em ditaduras feministas sob a bandeira de liberdade que, na verdade, removem o direito de escolher. A discussão sobre letras das músicas rapper³⁹² é um exemplo pontual que contraria direcionamentos principais da pauta das mulheres contemporâneas.

A descrição de violência contra mulher com marcantes características misóginas em letras de música é outro exemplo que merece atenção. No entanto, a sensibilidade de outros não é um filtro da legalidade. A liberdade de expressão não pode ser suprimida. Há de ser ter muito cuidado para não misturar as palavras e ações. Todos são livres para debater individualmente, reprovar (mau gosto não precisa ser algo desejável) ou ignorar. A punibilidade é o passo inicial para garantia à integridade física e psicológica³⁹³.

Outras situações que ilustram o campo escorregadio que alas feministas comprometem-se na política de cotas nas empresas, o uso frenético de censura e a luta contra regulamentação da prostituição são exemplos de posições que adotam um sectarismo perigoso que podem reforçar preconceitos e enfraquecer direitos de liberdade.

Autonomia sobre si mesmo, sobre o próprio corpo, é uma manifestação da possibilidade universal de que pode sair da clandestinidade; mulheres podem ser soberanas sobre seus próprios corpos das intervenções injustas e ilegais. Márcia Tiburi sugere que **a nudez da mulher, na questão do aborto, tem relação direta com o um déficit democrático e com a justiça**. Vejamos no seguinte trecho:

³⁹² Em Porto Alegre AC 0001233-21.2003.404.7100/TRF ressaltou que liberdade de expressão artística, de produção cultural e de exploração de atividade econômica devem ser garantidas; e que não houve danos morais difusos às mulheres em determinadas letras de músicas.

³⁹³ Muitos casos de violência são oriundos do chamado *Gaslights*, no qual o agressor apresenta informações falsas com a intenção de causar dúvida na vítima, que passa a duvidar de suas próprias memórias, percepção e sanidade. Outros termos são aplicados quando refere-se à violência ou a violações de direitos das mulheres como: *manterrupting*, quando uma mulher não consegue concluir sua frase porque é constantemente interrompida pelos homens ao redor; *mansplainng*, quando um homem dedica seu tempo para explicar o óbvio à mulher, como se não fosse capaz de entender; e *bropropriating*, quando um homem se apropria da ideia de uma mulher e leva o crédito pela mesma.

A ausência histórica de autorização para a fala e, assim para o poder, é elemento fundador do lugar ocupado pelas mulheres na sociedade. A fala das mulheres causa angústia e temor na ordem.

Hoje, as mulheres que possuem algum poder proveniente do dinheiro ou da liberdade sobre a própria vida, praticam o aborto soberanamente. As que não tem poder algum – nem aquisitivo, nem intelectual, nem qualquer outro poder que garanta a autoconsciência quanto à pertença de seus corpos – são vítimas de uma sociedade que não prevê espaço para uma prática que deveria ser medida a partir da soberania da mulher sobre seu corpo e sua vida.³⁹⁴

A democracia constitucional da teoria alexyana pressupõe abertura à saída da clandestinidade de grupos, não abandono das minorias à ditadura da maioria, expansão de mecanismos de proteção aos direitos fundamentais e ampla defesa contra a moralização material do direito.

3.7.3 A expansão do discurso feminista: o universal como ideia regulativa

O feminismo, como reflexão crítica da sociedade, desvelou mecanismos desiguais sofisticados e complexos sobre as mulheres nas sociedades contemporâneas. A bióloga Haraway³⁹⁵ entende necessário o rompimento com o marxismo, o feminismo radical, porque acusa-o de fracasso ao operar com categorias como classe, raça e gênero (pela experiência do colonialismo, do patriarcalismo e capitalismo) diante da imposição de consciências.

Lembra, por exemplo, que as feministas buscaram a igualdade como se fosse uma questão de identidade/diferença, como diante de resultados na educação de meninas que sem estímulos a serem independente desenvolverem habilidades para o casamento e filhos, que com passar dos anos apresentava maiores distúrbios psicológicos (depressão, consumismo, etc.).

A inspiradora do movimento Ciberfeminista³⁹⁶ alerta sobre as dificuldades de nomear os feminismos atuais.

³⁹⁴ TIBURI, M. **Aborto, soberania e mudez das mulheres**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br/index.php?option=com_remository&Itemid=56&func=fileinfo&id=49> Acesso em: 7 abr. 2015.

³⁹⁵ HARAWAY, D. J. Manifesto ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX. In: **Antropologia do Ciborgue: as vertigens do pós-humano**. TADEU, T. (org.). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 33-118.

³⁹⁶ O *fanzine* eletrônico é espaço que se desenvolve um gênero de escrita num ambiente digital que proporciona o surgimento de múltiplos gêneros discursivos, ajudam os MS na ampliação de um espaço para divulgação das ideias e reivindicações. A escrita ciborgue tem a pretensão da luta contra a comunicação perfeita, contra o código único que quer traduzir todo o significado de forma perfeita.

Os MS tiveram uma relação direta com o descentramento conceitual das identidades porque a crítica foi no sentido de que homens e mulheres eram parte de uma mesma identidade: a humanidade. Mas Haraway argumenta que tanto a criação de gêneros homem/mulher quanto as suas supostas identidades fixas são construções; são questões abertas para estabelecer a igualdade³⁹⁷.

O problema do feminismo radical com o universal tem um valor paradigmático, segundo Hirata³⁹⁸, e exemplifica com passagens na filosofia ocidental de Platão e Aristóteles nas quais as mulheres não participaram da definição de universal e o transporta para a sociedade atual, recusando o discurso do universal para enfrentamento das injustiças. No entanto, contemporaneamente, admite que a questão se liga à democracia porque exige interação recíproca, ou como diz Alexy, reflexiva.

Neste sentido, o universal é uma ideia regulativa necessária, mesmo em caso de *injustiças cruzadas*, isto é, acrescida de questões raciais e de trabalho, deve se buscar o pleno resgate ao direito à igualdade e à liberdade.

3.8 ARGUMENTO DE CORREÇÃO: PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DO ESTADO NA PROTEÇÃO DA AUTONOMIA DAS MULHERES EM SITUAÇÕES DE ABORTAMENTO CLANDESTINOS

3.8.1 O argumento da correção com base racional e livre

O argumentar racional depende da “legitimidade do decidir judicial”³⁹⁹, fortalecendo a legitimidade democrática. Isto é, a argumentação jurídica propõe mecanismos que dificultam a atividade judicial livre manipuladora de conceitos vagos.

O estado constitucional democrático deve assegurar o reconhecimento aos direitos fundamentais e garantir eficácia por meio da aplicação racional. A vocação de Guarda da Constituição, que no Brasil é do STF, é exercida nas necessárias correções materiais, ou aceitações racionais das decisões políticas em razão das possíveis carências estruturais de racionalidade advindas do parlamento.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ HIRATA, p. 268-269.

³⁹⁹ ALEXY, R. *Teoría da argumentación jurídica*, p. 19.

Distorções entre a democracia num jogo de tensão e de diferenças e numa democracia moralizada e sem relações de poder na sociedade conduz a um empobrecimento jusnaturalista na concepção de cidadania e democracia para uma simples tutela de direitos. Este trabalho buscou o contrário, ou seja, com base no Estado Democrático Constitucional, uma visão pós-positivista porque envolveu a proteção do direito fundamental nuclear, a dignidade que tem como núcleo a autonomia, além da liberdade de consciência e sobre o próprio corpo.

A violação ao livre desenvolvimento da argumentação racional, entretanto, não incide em razão de inserções ideologias político-religiosas e sim quando se impedem argumentos e ponderações de maneira prévia. E o Brasil por ser um estado laico⁴⁰⁰, desde 1891, inclui, sob ponto de vista republicano, instituições capazes de regular a vida política e social e, sob ponto de vista democrático, inclui a centralidade do imperativo da autonomia individual.

Porém, as reivindicações pela ampliação democrática dos direitos sexuais e reprodutivos lutam não apenas contra desconhecimentos, mas também contra as distorções discursivas e não universalisáveis. O discurso sobre sexualidade, de um lado, é pautado na ética democrática e na revisão de processos históricos de violações persistentes a direitos de mulheres. Por outro lado, há uma tentativa da hegemonia de ordens morais naturalizarem os ciclos de violações repetitivos de vulnerabilidade das mulheres ao prejuízo.

A busca da mulher contemporânea pela defesa e ampliação de direitos passa, necessariamente, pela dignidade do aborto seguro. É um exercício de liberdade de expressão sem interferência e violação da dignidade física e moral. Não se pode ser neutro em relação a valores, tampouco o Estado é neutro em relação à democracia, tanto que o art. 19 da Constituição Federal⁴⁰¹ veda cultos religiosos nas instituições

⁴⁰⁰ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, p. 695. Dentre os sentidos negativos de laicismo; talvez a mais difundida vem da razão de rejeitar a existência de uma instância superior transcendental eterna que poderia transformar Estado confessional ou católico em um Estado totalitário. Outro equívoco é tratar um Estado laico como um Estado ateu ou como Estado multirreligioso, porém o Estado laico é imparcial na área de religião, isto significa respeitar todas as crenças religiosas e também a não crença. Também, há interligações do termo laico com secularização. Secular foi usado para caracterizar a transição da sociedade patriarcal e fechada para industrial e profana, A secularização como processo de mudança é ainda utilizada quando uma cultura perde seu antigo caráter sagrado e tornando-se mais profana ou secular, isto é, priorizando a individualidade, a racionalidade e a especificidade, por essa razão o processo de secularização pode ser mais abrangente do que a laicização do Estado.

⁴⁰¹ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

aos Estados da Federação e no Distrito Federal. Não tem lugar em um sistema baseado na crença em valores absolutos à tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e pensamento que são características da democracia⁴⁰².

3.8.2 O argumento da correção e argumento da injustiça

Há, na essência do direito, além dos elementos do conceito direito e da validade, conforme exposto alhures⁴⁰³, duas propriedades que são a coerção e a correção. A primeira propriedade refere-se à eficácia social, ou seja, que não seja extremamente injusta; a segunda expressa a dimensão ideal ou crítica ou de correção.

A *teoria do discurso do estado constitucional democrático*⁴⁰⁴, uma ampla teoria do sistema jurídico, só é possível com conceito de direito com essa dupla natureza do direito, fática ou real e ideal ou crítica. Esta natureza traz à tona dois princípios contrapostos que são o da justiça (reclama a correção moral das decisões) e da segurança jurídica (exige vinculação às leis formalmente corretas e socialmente eficazes), que não sobrepujam ao outro totalmente. Os quatro passos para entendida desta teoria é a pretensão de correção (o alicerce central), correção prática (limites e possibilidades da racionalidade do discurso), necessidade do direito e união do fático ou institucional com ideal ou discursivo.

A fórmula de Radbruch, conforme vimos na parte inicial, apresentada de maneira concisa a “injustiça extrema não é direito”, vincula direito e moral sem exigir uma junção total. Aqui normas, formais e matérias perdem seu caráter de direito ou sua validade jurídica porque o limite extremo foi ultrapassado.

Apesar da ênfase sobre a validade jurídica, Alexy divide a validade do direito em mais duas: a sociológica e ética.⁴⁰⁵ Esses são conceitos puros não precisam conter elementos de outro conceito de validade, enquanto o conceito de validade jurídica inclui, necessariamente, elementos de validade social.

⁴⁰² Kelsen, H. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

⁴⁰³ Ver item 1.6.

⁴⁰⁴ Alexy, R. *Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão*. **Constitucionalismo discursivo**, p. 20.

⁴⁰⁵ Alexy, R. **Conceito e validade do direito**, 2011, p. 101-106.

A perspectiva do participante é de que “num sistema jurídico, participa de argumentação sobre o que é nele ordenado, proibido, permitido e autorizado”⁴⁰⁶; no centro da perspectiva do participante está o juiz. A perspectiva do observador não inquirir qual decisão correta e sim como de fato se decide. Em ambos pode haver ponto de vista interno e externo.

No centro do argumento da injustiça, há o argumento do relativismo⁴⁰⁷ que exige elementos morais necessários como direitos humanos (morais, universais, fundamentais, abstratos e norma prioritária) para o não positivismo entrar em colapso, pois sem esses elementos a extrema injustiça não existiria também. A violação de direitos humanos ou fundamentais em um grau extremo significa que a fórmula de Radbruch é aplicável. Daí o argumento do relativismo é refutado. Se não houvesse a extrema injustiça, a fórmula de Radbruch, haveria apenas uma forma de poder aos que decidem sobre a validade.

Direitos humanos e fundamentais, na teoria Alexyana, justificam-se porque torna explícito o que é implícito na prática humana, isto é, afirmar, perguntar e discutir como cidadã (ão) livre e igual. O discurso não é apenas suficiente; é necessário à ação que é a correção. A fórmula de Radbruch pode ser aplicada como elemento de conceito direito e como prescrição de decisão judicial.

3.8.3 O cumprimento dos requisitos da insuficiência na proteção do estado à autonomia da mulher nos casos de abortos clandestinos no Brasil

O princípio da proporcionalidade, o guia da ponderação nos casos de correção, é de longo alcance e por isso pode ser usado com exagero retórico. Os modelos de argumentação, conforme vimos, podem ser encaixados ligados no caminho da ponderação com o princípio da proporcionalidade das seguintes formas: como proibição de excesso na intervenção de direitos fundamentais; como proibição de insuficiência nos direitos de proteção; e como barreira em direitos de igualdade.

A hipótese central deste trabalho é de que a criminalização do aborto no Brasil viola, frontalmente, a proibição. Na segunda forma, evidentemente, as demais

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 30-31. Essas validades são uma correspondência dos três elementos do direito a eficácia social, a correção material e a legalidade.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 64-67.

formas também são violadas, mas não foram objeto deste estudo, conforme sinalizamos na primeira parte⁴⁰⁸. Isso significa que as nuances ou os requisitos apontados por Lothar Michael foram vencidos e fomos além, considerando que a ausência de proteção suficiente do estado à dignidade da mulher nos casos de aborto inseguro nos levarão a um estado injusto ou à extrema injustiça como evidenciados em dados médicos, pesquisas e no caso emblemático da Clínica de Planejamento Familiar do Mato Grosso do Sul, que só contribui para tratamento indigno e violento a centenas de mulheres.⁴⁰⁹

Retomando os requisitos da proibição em tela do de Lothar, consideramos que:

- Não é uma ordenação e sim uma possibilidade o meio e a finalidade da proteção perante a própria mulher e totalidade de cidadão, assim como com os interesses colidentes com a proteção;
- Não é idôneo o meio que o legislador brasileiro utiliza para proteger as mulheres em situação de abortamento, quer seja clandestino (seguro ou inseguro), quer seja nos casos de aborto legal oriundos de violência sexual (a revogação da portaria é emblemática).
- Não é efetiva a proteção porque leva mulheres à morte, à lesão corporal, crianças órfãs e situações de extrema injustiça contra mulher, ou seja, há graves interferência nos direitos da mulheres e de terceiros, em geral, filhos e família;
- Não há densidade de controle nas medidas estatais para eliminar as restrições insuportáveis em situações abortamento clandestino. Há pesquisas governamentais e não há medida para exclui a indignidade; há indicações supranacionais que são consideradas.

A estrutura da ponderação nos direitos de proteção inclui a existência de possibilidades de proteção. Isso não significa intervenções indevidas. O objeto da inconstitucionalidade, ou objeto de controle, são as omissões de proteção necessária e adequada.

⁴⁰⁸ Ver 1.4.3.

⁴⁰⁹ Ver itens 3.3 e 3.5.

O Direito é aberto ao tempo. Para tanto, há de se entender na coisa e depois compreender opiniões. Os preconceitos produtivos levam à compreensão, mas não livra dos que levam a grandes mal entendidos, sendo que nestes a questão da gravidez indesejada continua gerando grandes distorções.

Não se pode negar que essa construção ou ambientação político-normativa toca em antigos problemas pátrios pouco resolvidos como sistema federativo, direito à saúde, que levantam problemas relacionados aos direitos fundamentais sociais. Mas neste contexto tem-se a justiciabilidade como a capacidade de armar uma pretensão judicial viável⁴¹⁰.

As mulheres têm a autoridade para tomar decisões e de acordo com os ditames da própria consciência. Isso significa também que direitos fundamentais devem ser examinados, primeiro, à medida que pode ser objetivado; depois, em que medida é subjetivado. Considera-se, portanto, que a pretensão de verdade dos direitos fundamentais relaciona-se com a matéria, não com o indivíduo, inicialmente.

Essas interpretações tendem a refletir na cidadania e, conseqüentemente, na democracia que denominamos, pelo menos nos casos do exercício do direito da interrupção voluntária de gravidez, de **cidadania argumentativa**. Os fundamentos éticos na regulação da vida em sociedade, após a secularização, propiciaram sedimentações como a liberdade de consciência e de expressão, direitos fundamentais relacionados diretamente à dignidade humana.

⁴¹⁰ LUDWIG, 2014, p. 550-551. O jurista ressalta que apesar da justiciabilidade envolver vinculatividade com essa não se confunde, pois esta é inerente ao direito fundamental e impõe exame da validade dos atos jurídicos que dela diverjam ou com ela entrem em rota de colisão, tanto em razão da vinculação de poderes e órgãos aos direitos fundamentais, como também por norma expressa, ou pelo caráter vinculante a um catálogo de direitos fundamentais num texto constitucional.

3.8.4 A insuficiência da proteção estatal às mulheres nos casos de abortos clandestinos no Brasil

O caso sentinelas do Muro de Berlim (*Mauerschutzen*)⁴¹¹ é um julgamento que coloca em evidência a pretensão de correção. Isso porque, entre outros argumentos considerados no julgado, o elemento moral também acabou sendo determinante, conforme podemos inferir em artigos de Robert Alexy.⁴¹² Este julgamento alemão adverte, doutrinariamente, que se não houver alterações legais de fundo e que reflitam na realidade das mulheres brasileiras que se submetem ao aborto clandestino, poderá ser declarada a extrema injustiça.

É impossível traçar uma linha nítida para a injustiça extrema, apesar do conteúdo injusto. Mas é possível traçar onde se quer justiça, que tem o núcleo igualdade, que é conscientemente negada pelo legislador. Nessa situação, Alexy apresenta as fórmulas da intolerância e da negação⁴¹³. Na primeira, tem caráter objetivo, refere-se às leis positivas que perdem sua validade jurídica se em contradição com justiça alcança uma “medida insuportável”. Na segunda, caráter subjetivo, é negada a natureza jurídica numa lei positiva se o seu estabelecimento nega, conscientemente, a igualdade. Portanto, a fórmula de Radbruch não exige uma coincidência completa entre Direito e Moral.

No entanto, Alexy, admitindo que a polêmica sobre o positivismo jurídico é interminável⁴¹⁴, discorre sobre os limites do direito e, conseqüentemente, sobre a pretensão de correção. Ressalta também que as disputas são, ao mesmo tempo,

⁴¹¹ Esse muro, construído em 1961, símbolo da Alemanha em República Democrática Alemã (socialistas) e República Federal da Alemanha (capitalistas) e foi uma forma de impedimento de fugitivos da RDA em direção à RFA, e muitas pessoas morreram tentando cruzar a fronteira. Após a queda do muro e a reunificação da Alemanha passou-se a questionar a responsabilidade dos guardas da fronteira. Em 1992, houve a primeira sentença; em 1994 decidiu que os superiores dos soldados também deveriam responder penalmente pelos homicídios; e, em 1996, o Tribunal Constitucional Federal, analisou quatro recursos interpostos contra as decisões proferidas pelo Tribunal Territorial de Berlim e o Tribunal Supremo Federal: um promovido por um guarda da fronteira e os outros por membros do Conselho Nacional de Defesa da RDA e declarou constitucionais as decisões. Robert Alexy dedica alguns artigos acerca da constitucionalidade da última decisão.

⁴¹² ALEXY, R. *Mauerschützen*. Acerca da relación entre Derecho, Moral y Punibilidad. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 167-196; La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro. In: VIGO, R. L. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 197-226.

⁴¹³ ALEXY, R. Uma defesa de la fórmula de Radbruch. In: VIGO, R. L. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 228.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 235.

intermináveis, perspicazes e persistentes porque supõe que todos os participantes em um ou outro sentido tem razão. E que isso obriga a apresentar condições que divide em quatro: norma e procedimento, observador e participante, classificação e qualificação e argumentos analíticos e normativos.

Conforme demonstramos, a situação é extremamente injusta e desigual sob a perspectiva das mulheres nos abortos clandestinos. E a teoria alexyana favorece a dissolução desta injustiça. Assim, entendemos que a insuficiência da proteção estatal é um requisito da extrema injustiça.

A valorização da autonomia do indivíduo, pensamento intrinsecamente kantiano, diz respeito às relações privadas, em especial, na decisão e direção dos interesses pessoais. No entanto, a liberdade das mulheres é, no Brasil, ameaçada por regulações estatais abusivas e insuficientes.

A situação das mulheres que se sujeitam a um aborto clandestino, em especial o inseguro, enquanto razão prática está conceitualmente vinculada à ideia de correção, que permeia todo o direito e pode desafiar a extrema injustiça, a própria validade⁴¹⁵. Nestes casos, a mulher, na qualidade cidadã argumentativa, é uma participante que se opõe ativamente de forma direta e autônoma.

O risco da ditadura, e de extremas injustiças, mostra-se real quando se tem um processo democrático que não consegue trabalhar com o conflito e sim reprimi-los. A função democrática dos direitos fundamentais quando, sob proteção constitucional, assegura a minoria em conflitos contra maioria, bem como a liberdade do processo político e dos participantes, no caso as mulheres.

Não se pode negar, que essa construção ou ambientação político-normativa toca em antigos problemas pátrios pouco resolvidos como sistema federativo, como direito à saúde, que levantam problemas relacionados aos direitos fundamentais sociais, mas, neste contexto, tem-se a justiciabilidade, como a capacidade de armar uma pretensão judicial viável, com respeitado o direito fundamental nuclear básico, a autonomia.

O Direito é aberto ao tempo, para tanto, há de se entender-se e depois compreender argumentos e a pretensão de verdade. Este foi sentido deste trabalho.

⁴¹⁵ ALEXY, R. **Direito e moral**. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119; e RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 13-70.

CONCLUSÃO

O estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e humanos das mulheres em situações de aborto clandestinos, seguro ou inseguro, no Brasil, que não deve ser obstado por derivações direta e intuitiva de regras concretas constitucionais. Esta sentença, de muitas formas repetidas, é o núcleo do trabalho.

O referencial teórico, que sustenta a pesquisa, é a teoria discursiva de Robert Alexy. No entanto, o tema exigiu transcendência temática, teoria do estado e teoria social, por tratar da interpretação, argumentação e correção, em busca de elos, similitudes e dados como sujeito na teoria dos movimentos sociais e análises dos perigos da democracia de identidade. O foco central sempre foi construir na prática jurídico-racional argumentos de correção para aplicação em casos de direitos fundamentais, ou seja, em bases pragmático-universais.

Assim, a investigação à teoria do discurso de Robert Alexy mostrou ser um instrumento possível de fundamentação e correção de decisões jurídicas na aplicação dos direitos fundamentais e humanos das mulheres em situação de abortos clandestinos no Brasil. Com essa teoria, os fundamentos para superações, no caso concreto, de dilemas advindos do binômio segurança jurídica e interesse de correção, na validade de regras do discurso foram desenvolvidos. Para tanto, os estudos neste trabalho alcançam diversos propósitos.

Constatou-se a amplitude e a necessidade da investigação, bem como a finalidade de evidenciar o desenvolvimento gradual e relação de argumentos. Descartou-se os temores de atividade jurisdicional discricionária, ou arbitrariedade judicial com o constitucionalismo discursivo, pois há institucionalização de razão e correção.

Ganhou-se com a exigência de ser coerente teoricamente com os elementos ideais dos direitos fundamentais, isto é, que a necessária relação às pessoas reais engajadas em discursos impostos na razão na prática, isto é, em uma situação concreta e no âmbito de sua forma de vida. Que difere, frontalmente, de um sistema aberto e que pode impor soluções momentâneas.

Algumas conquistas do trabalho merecem ser destacadas. Da primeira parte, conseguimos:

- Mostrou-se que a teoria do discurso alexyana por ser o racional, normativa e prática; tem compromisso proposições normativas em termos universais.
- Enfrentou-se o dilema de toda teoria do discurso prático racional. Esta entre a significância decisória e aumento de utilidade aumentarem com a medida de sua força; no entanto, as chances de aceitação geral diminuem. Daí as regras do discurso prático racional para fundamentação de regras que se vale de uma concepção de racionalidade fraca e de objetividade modesta.
- Apontou-se a impossibilidade de discursos ideais ou perfeitos que não podem ser realizados no mundo real por pessoas reais que tornariam inalcançável a legitimidade democrática. Tampouco que empregar critérios da razão prática signifique uma teoria da legitimidade das decisões judiciais.

Na segunda parte foi desenvolvida:

- Enfrentou-se que o risco da sobreconstitucionalização é resolvido com a estruturação da teoria da norma, base da teoria dos princípios e da teoria do direito fundamental, que permitiram rastreabilidade além do que a teoria da argumentação se estabelece.
- Verificou-se que conceito de direito e a natureza dual do direito exige a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social, e a correção do conteúdo e dos conceitos de democracia.
- Relacionou-se a classificação liberal-analítica dos direitos fundamentais, as relações deste com a democracia-constitucional.
- Discorreu-se sobre terminologia básicas filosóficas e de divergências metodológicas e que as interligações descritivas e normativas são fomentos de discussões jurídicas e sociológico-políticas, mas que foram superadas com a jurisdição constitucional.
- Apresentou-se as principais teorias de movimentos sociais e a importância das contribuições teóricas liberais.
- Desvelou-se que se pode até não se concordar com o sujeito kantiano, com se direciona Touraine, mas não pode ser ignorado, pois a clássica

concepção kantiana de autonomia, imposição da lei a si mesmo que pode questionar ou invalidar a tradição é fundamento no exercício da democracia seja no âmbito jurídico seja no sociológico.

- Transcreveu-se as transformações dos movimentos sociais quando se tornam ONG's e partidos políticos.
- Apontou-se, também em consequência do item anterior, a importância da formação e desenvolvimento de cidadão argumentativo.
- Admitiu-se o perigo das democracias de identidades que trabalham com conflito e têm tendência a reprimi-los.

Na parte final, prova-se viabilidade do propósito:

- Optou-se, neste trabalho, por diferenciar a aplicação da terminologia mulher e feminista no intuito de evitar aplicações puramente ideológicas.
- Retomou-se questões históricas dos movimentos sociais e as nuances das reivindicações referentes aos direitos reprodutivos.
- Conceituou-se tipos de aborto e informou-se o parecer CFM a favor da descriminalização do aborto até 12 semanas.
- Ressaltou-se os dispositivos nacionais e internacionais voltados ao direito da interrupção da gravidez.
- Registrou-se a decisão do STF sobre a anencefalia e decisões do Tribunal Constitucional Alemão sobre autorização do aborto até 12 semanas.
- Apresentou-se pesquisas científicas e dados sobre a questão do aborto ilegal e inseguro, inclusive destacou-se a contribuição da OMS, que indica situações de violações extrema de direitos humanos no Brasil.
- Informou-se que há ONG's nacionais e internacionais que ajudam mulheres no aborto clandestino de forma segura.
- Trouxe-se casos emblemáticos que sinalizam que a criminalização e a falta de regulamentações estatais ferem direitos humanos e fundamentais.

E por fim, o argumento central, o de correção, com fins de suspender violações aos direitos humanos das mulheres através do dever de proteção estatal como forma obstaculizar o avanço do desrespeito a autonomia e conseqüentemente à dignidade. O dever de proteção da

mulher, em situações de abortamento clandestino que violam a dignidade, é apenas uma possibilidade e não ordenação, porque não é idôneo o meio que o legislador brasileiro utiliza. A não efetividade da proteção às mulheres levam à morte, à lesão corporal, crianças órfãs e geram uma situação de violência contra a mulher que por isso podem fundamentar a correção de uma decisão jurídica.

Conjuntamente, as condições não levam às defesas ideológicas pouco racionais que dificultariam a legitimidade da pretensão de verdade. Reputou-se que uma aposta moderada na submissão das tensões ao direito e as ideias democráticas constitucionais com a inclusão de pontos de vista e uma recepção à força racional e universal do melhor argumento é viável numa decisão judicial com bases pragmático-universais.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.
- _____. **Cuadernos de filosofía del derecho**. Alicante: Doxa, no. 24, p. 678, 2001.
- _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **La teoría de la argumentación jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b.
- _____. Mauerschützen. Acerca da relación entre Derecho, Moral y Punibilidad. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 167-196.
- _____. La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 197-226.
- _____. Uma defesa de la fórmula de Radbruch. In: VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho**. Buenos Aires: La Ley, Faculdade de Derecho – Universidade de Buenos Aires, 2006, p. 227-252.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. A interpretação de Ralf Dreier da definição do direito kantiana. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 139-154.
- _____. Uma concepção teórico-discursiva da razão prática. In: **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 95-113.
- _____. Direito e moral. In HECK, Luís Afonso (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 119.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. Um conceito não-positivista de direitos fundamentais. In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014.p. 9-25.

ALONSO, A. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. **Lua Nova**, São Paulo, n. 76, p. 49-86, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n76/n76_a03.pdf> Acesso em: 11 jun. 2014.

ALMEIDA, L. A. de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação**: ativismo irrefletido e controle jurídico racional. Porto Alegre: SAFE, 2014.

ALVES, F. A. S. A. **Movimentos sociais e concretização constitucional**: uma crítica à criminalização dos movimentos sociais, sob enfoque do transconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013.

AMARAL, R. C. **O aborto**: perspectiva filosófico-constitucional. Porto Alegre: SAFE, 2014.

APEL, K.-O. **Teoría de la verdade y ética del discurso**. Barcelona: Paidós, 1991.

AQUINO, R. S. L. et al. **Sociedade brasileira**: uma história através dos movimentos sociais. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

_____. **Sociedade brasileira**: uma história através dos movimentos sociais – da crise do escravismo ao apogeu do neoliberalismo. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

ARÁN, M.; PEIXOTO JUNIOR, C. A. Subversões do desejo: sobre gênero e subjetividade em Judith Butler. **Cadernos Pagu** [on-line], v. 28, p. 129-147, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332007000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 jun. 2014.

ARENDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Entre o passado e o futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARISTÓTELES. **A política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARON, R. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ATIENZA, M. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002.

AUSTIN, J. L. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Trad. Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes, 1990.

BACCI, C.; FERNÁNDEZ, L.; OBERTI, A. **Injusticias distributivas y políticas identitárias**. Una intervención en debate Butler-Fraser. Disponível em <https://www.academia.edu/1017264/de_injusticias_distributivas_y_politicas_identitarias._u_na_intervencion_en_el_debate_butler_-_fraser> Acesso em: 28 jul. 2014.

BALAGUER, M. L. **Mujer y constitución**: la construcción jurídica del género. Madrid: Catedra, 2005.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. A doutrina da proibição de insuficiência (“Untermassverbot”). In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014. p. 73-94.

BRAUNER, M. C. C.(Org.) **Biodireito e gênero**. Ijuí: Unijuí, 2007.

BELEZA, T. P. **Direito das mulheres e da igualdade social – a construção jurídica das relações de gênero**. Coimbra: Almedina, 2010.

BENHABIB, S. **The rights of others: aliens, residents, and citizens**. New York: Cambridge University, 2004.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário da política**. 12. ed. Brasília: UnB, 2004.

BOLADERAS, M. El aborto: es bueno todo lo que es justo? In: BLASCO, P. L. (orgs.). **La justicia entre la moral y el derecho**. Madrid: Trotta, 2013. p. 143-163.

BONAVIDES, P. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOROWSKI, M. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BUGLIONE, S.; CAMPOS, C. H. Porque a criminalização do aborto voluntário é inconstitucional. In: BUGLIONE, S.; VENTURA, M. (orgs.). **Direito à reprodução e à sexualidade**: uma questão de ética e de justiça. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 177-199.

BURDEAU, G. **O estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BURKARD, F.-P.; PRECHET P. (orgs.). **Metzler Lexikon Philosophie**. 3. Auflage. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler, 2008.

BURSTEIN, P. Social movements and public policy. In: GIUGNI, M.; McADAM, D.; TILLY, C. **How social movements matter**. Minesota: University of Minesota Press, 1999.

BURSZTYN, Ivani; TURA Luiz Fernando Rangel; CORREA, Jéssica da Silva. **Acesso ao aborto seguro: um fator para a promoção da equidade em saúde**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 19 [2]: 475-487, 2009 Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312009000200013&sc_ript=sci_arttext acesso em 17/06/2015

BUTLER. Judith. **Problemas de gênero**. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

CAMPILONGO, C. F. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARDOSO, Ruth. **Movimentos sociais urbanos**: balanço crítico. In: SORJ, B.; ALMEIDA, M. H. T. (orgs.). Sociedade política no Brasil pós-61. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 313-350. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/b4km4/pdf/sorj-9788599662632-09.pdf>

CARVALHO, J. M. de. **A construção da ordem – Teatro das sombras**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

_____. **Cidadania no Brasil – o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. 2. v. REPLY

CAYGILL, H. **Dicionário Kant**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHÂTELET, F., DUHAMEL, O.; PISIER-KOUCHENER, E. **História das ideais políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Claudia de Lima. **O sujeito no feminismo**: revisitando os debates. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n19/n19a04.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2015.

COUTINHO, J. **Estado, movimentos sociais e ONGs na era do neoliberalismo**. Disponível em: <<http://www.uel.br/grupopesquisa/gepal/segundosimp osio/ilsegomesejoana aparecidacoutinho.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

CRESPINY, A.; CRONIN, J. **Ideologias políticas**. Brasília: UnB, 1999.

CUNHA, A. G. da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2007.

CYFER, I. **Liberalismo e feminismo**: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782010000200009&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 mar. 2014.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 15, 2010. Disponível em: <<http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf>> Acesso em: 16 out. 2014.

DREIFUSS, R. **O jogo da direita**. Petrópolis: Vozes, 1989.

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

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESCUADERO RAVA, B. **Feminismo y religión**: apuntes sobre Católicas por el Derecho a Decidir. *Mora (B. Aires)* [online]. 2008, v. 14, n. 2, p. 114-124. Disponível em: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/mora/v14n2/v14n2a03.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2015.

ESKRIDGE JR., W. N. Some Effects of Identity-Based Social Movements on Constitutional Law in the Twentieth Century. **Michigan Law Review**, n. 100, p. 2062-2194, 2001.

FIDALGO, L. **(Re)construir a maternidade numa perspectiva discursiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

FRASER, N. **Social Justice in the knowledge society**: Redistribution, Recognition, and Participation. Disponível em: <<http://wissensgesellschaft.org/themen/oientierung/socialjustice.pdf>> Acesso em: 26 out. 2014.

FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. Versão espanhola de Vicente Herrero. México: Fundo de Cultura Econômica, 1946.

GADAMER, H. G. **Verdade e métodos I e II**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GAMBA, S. **Historia y corrientes**. Disponível em: <<http://agendadelasmujeres.com.ar/index2.php?id=3¬a=5704>> Acesso em: 13 abr. 2014.

GARCIA, M. **Desobediência civil**: direito fundamental. São Paulo: RT, 1994.

GAVIÃO FILHO, A. P. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Interpretação como argumentação. In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014. p. 117-146.

_____. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**. Porto Alegre: SAFE, 2014. p. 147-176.

GIULANI, P. C. Os Movimentos de trabalhadoras e a sociedade brasileira. In: DEL PRIORE, M. (org.). **História das Mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto/Unesp, 2008, p. 640-667.

GINSBURG, T.; ELKINS, Z. Ancillary Powers of Constitutional Courts. **Texas Law Review**, v. 87, p. 1431-1461, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2190494> Acesso em: 15 jul. 2014.

GOHN, M. G. **Movimentos sociais no início do século XXI**: antigos e novos atores sociais. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **O protagonismo da sociedade civil**: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. **Novas teorias dos movimentos sociais**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

_____. **Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos.** 10. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

_____. **Manifestações de junho de 2013 no Brasil e praças dos indignados no mundo.** Petrópolis: Vozes, 2014.

GORCZEWSKI, C. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

GOULART, D. C. **As ciências sociais em duas tentativas de análise dos movimentos sociais no Brasil.** Disponível em: <<http://www.pucsp.br/neils/downloads/02-debora.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2014.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Comentários à ética do discurso.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HARAWAY, D. J. Manifesto Ciborgue: ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX. In: **Antropologia do Ciborgue: As Vertigens do Pós-humano.** TADEU, T. (org.). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão.** 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HESSE, K. Bedeutung der Grundrechte. In: BENDA, E. (Hrsg.). **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** 2. Aufl. Berlin/New York: De Gruyter, 1994.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: SAFE, 1998.

HESTRÖM, P. A “**revolução analítica**” em teorias sociais: um balanço parcial. Disponível em: <https://www.academia.edu/5078566/A_revolucao_analitica_em_teorias_sociais_um_balanco_parcial> Acesso em: 20 jun. 2014.

HIRATA, H. et al. (org.). **Dicionário crítico do feminismo.** São Paulo: Unesp, 2009.

HÖFFE, O. **Immanuel Kant.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, O. **Kant crítica da razão pura** – os fundamentos da filosofia moderna. São Paulo: Loyola, 2013.

HOLLERBACH, A. Ciência do direito. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KALSING, R. M. S. **Sociabilidade legal**: uma ligação entre sociabilidade e direito em Kant. Tese (Doutorado em Filosofia), Faculdade de Filosofia da Universidade Federal (UFSC), Florianópolis, 2011.

KALSING, V. S. O debate do aborto: a votação do aborto legal no Rio Grande do Sul **Cadernos Pagu**, v. 19, p. 279-314, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n19/n19a11.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2015.

KANT, I. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **À paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. 4. ed. Trad. Manuel García Morente e Carmen García Trevijano. Madrid: Tecnos, 2009.

_____. **Crítica da razão pura**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

_____. **À sobre la paz perpetua**. Madrid: Aliança, 2012a.

_____. **Crítica da faculdade do juízo**. 3. ed. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012b.

KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. KELSEN, H. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KERSTING, W. **Politik und Recht**: Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie. Weilerwist: Velbrück Wissenschaft, 2000.

_____. **Liberdade bem-ordenada – filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant**. Porto Alegre: SAFE, 2012.

KIRCHNER, R.; MARTINS, J. **Situação da ética discursiva pelo universalismo interativo: o eco das objeções de Hegel a Kant na moral contemporânea.** Disponível em <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/re_natoje_fferson_2.pdf> Acesso em: 15 jan. 2015

KRIELE, M. **Einführung in die Staatslehre.** 6. überarb. Aufl. – Stuttgart/Berlin/Köln: Kohlhammer, 2003.

_____. **Introdução à teoria do estado – os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático.** Porto Alegre: SAFE, 2009.

LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A correção e a fundamentação de decisões jurídicas, em bases pragmático-universais, na aplicação do direito de igualdade geral.** Tese (Doutorado) em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009

LOCKE, J. **Segundo ensayo sobre el gobierno civil.** Buenos Aires: Losada, 2002.

_____. **Ensaio sobre o entendimento humano.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1970.

LUDWIG, R. **Kant fur Anfanger Der kategorische Imperativ Eine Lese-Einführung.** München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1995.

LUDWIG, R. J. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão em Robert Alexy.** Porto Alegre: SAFE, 2014.

_____. **A norma de direito fundamental associada: um conceito operativo e central da teoria de Robert Alexy.** In: HECK, L. A. (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação.** Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 177-223.

MAURER, H. **Contributos para o direito do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELUCCI, A. **Por uma sociologia reflexiva: pesquisa qualitativa e cultura.** Petrópolis: Vozes, 2005.

MICHAEL, L. **As três estruturas de argumentação do princípio da proporcionalidade – para a dogmática da proibição de excesso e de insuficiência e dos princípios da igualdade.** In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189-206.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES FILHO, E. **Temas de liberalismo e federalismo no Brasil**. Rio de Janeiro: ABL, 1991.

NASCIMENTO, C. E. **Movimentos sociais e instituições participativas**: efeitos organizacionais, relacionais e discursivos. Tese (Doutorado) em Direito. Universidade São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-13122012-093218/pt-br.php>>

NUNES, J. H. **A teoria do frame e a análise dos novos movimentos sociais**. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1106&Itemid=353> Acesso em: 15 mar. 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, J. A. O direito na guerra entre culturas: tratamento judicial de conflitos entre grupos indígenas e agentes públicos. In: **Direitos fundamentais e contemporâneos**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 3-32.

OLIVEIRA, J. A. A injustiça extrema e o conceito de direito. In: **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 139-171.

PATEMAN, C. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

PERROT, M. **Minha história das mulheres**. Trad. Ângela M. S. Corrêa. São Paulo: Contexto, 2008.

PINTO, C. R. J. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

_____. CELI, R. J. Pinto. **Feminismo, história e poder**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v18n36/03.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2014.

PUERTA, A. B. **La perspectiva de los nuevos movimientos sociales en las obras de Sydney Tarrow, Alain Touraine y Alberto Melucci**. 2006. Disponível em: <http://www.ses.unam.mx/docencia/2014II/Berrio2006_LaPerspectivaDeLosNuevosMovimientosSociales.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2014.

PULIDO, C. B. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Brasília: UnB, 1981.

_____. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIOS, R. R. (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

ROHDEN, V. Sociabilidade legal uma ligação entre direito e humanidade na 3ª Crítica de Kant. **Analytica**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 97-106, 1994.

_____. Introdução à edição brasileira. In: KANT, I. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALMON, W. C. **Logik**. Stuttgart: Reklam, 1983.

SANTOS, R. B. **Movimentos sociais urbanos**. São Paulo: Unesp, 2008.

SANTOS, T. M. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SÁES, M. Breve Análisis de las tendencias feministas contemporâneas y su relación com el Derecho. In: BUGLIONE, S.; VENTURA, M. (orgs.). **Direito à reprodução e à sexualidade**: uma questão de ética e de justiça. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 137-176.

SCHERER-WARREN, I. **Movimentos sociais**: um ensaio de interpretação sociológica. 3. ed. Florianópolis: UFSC, 1989.

_____. **Redes de movimentos sociais**. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2009.

_____. Por uma abordagem pós-colonial e emancipatória dos movimentos sociais. In.: SCHERER-WARREN, I.; LÜCHMANN, L. H. H. **Movimentos sociais e participação**: abordagens e experiência no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Ed. UFSC, 2011.

SCHIEBINGER, L. **O feminismo mudou a ciência?** Bauru: Edusc, 2001.

SCHLINDWEIN, A. F. **Dos periódicos oitocentistas ao ciberfeminismo**: a circulação das reivindicações feministas no Brasil. Dissertação (mestrado) em Divulgação Científica e Cultural. Universidade Estadual de Campinas, 2012.

SOUZA, J. C. **Filosofia, racionalidade, democracia**: os debates de Rorty & Habermas. São Paulo: Unesp, 2005.

TARDE, G. **As leis sociais**. Rio de Janeiro: Editora UFF, 2012.

TARRABERS, R.; BULOW, M. U. **Movimentos sociais na teoria e na prática**: como estudar o ativismo através da fronteira entre estado e sociedade? Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222011000300004&script=sci_arttext> Acesso em: 30 nov. 2013.

TEIFE, N. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. In: HECK, L. A. (org.). **Direito natural, direito positivo, direito discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TELLES, L. F. Mulher, mulheres. In: DEL PRIORE, M. (org.). **História das mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto/Unesp, 2008, p. 670-672.

THOREAU, H. D. **Desobedecendo**: a desobediência civil e outros conceitos. Rio de Janeiro: Rocco, 1984.

TIBURI, M. **Aborto, soberania e mudez das mulheres** Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br/index.php?option=com_remository&Itemid=56&func=fileinfo&id=49> Acesso em: 7 abr. 2015.

TOMASINI, M. B. Apresentação. In: TARDE, G. **As transformações do Direito (estudo sociológico)**. São Paulo: Super Virtual, 2002.

TOURAINÉ, A. **O que é a democracia?** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. **¿Podremos vivir juntos?** La discusión pendiente: El destino del hombre en la aldea global. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____; KHOSROKHAVAR, F. **A busca de si**: diálogo sobre o sujeito. Rio de Janeiro: Difel, 2004.

_____. **O mundo das mulheres**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **Crise da modernidade**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

TURNER, S. **Success in social movements**: looking at constitutional-based demands to determine the potential success of social movements. Disponível em: <<http://polisci.indiana.edu/undergraduate/theses/Turner.pdf>> Acesso em: 3 jun. 2014.

WALDRON, J. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, M. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **O direito na economia e na sociedade**. São Paulo: Ícone, 2011.

_____. **Economia e sociedade:** fundamentos da sociologia compreensiva. 4. ed. v. I. Brasília: Universidade de Brasília, 2012.

WEFFORT, F. C. **A formação do pensamento político brasileiro.** São Paulo: Ática, 2006.

ZAGREBELSKY, G. **Contra la ética de la verdad.** Madrid: Trotta, 2010.

ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXO A – QUADRO ARGUMENTATIVO

Principais passos para cumprimento e correção das normas pertinentes com aplicação de regras, fundamentos e argumentos	Teórico-discursiva	Teórico-normativa
Fundamentação técnica	X	
Fundamentação empírica	X	
Fundamentação definitiva	X	
Fundamentação pragmática-universal	X	
Regras fundamentais	X	
Regras de razão	X	
Regras sobre a carga da argumentação	X	X
Regras de fundamentação	X	X
Argumento da correção	X	X
Argumento da injustiça	X	
Argumento da segurança jurídica	X	X
Argumento do relativismo	X	X
Argumento da democracia	X	X

ANEXO B – PROJETO DE LEI Nº DE 2015

(Do Sr. Jean Wyllys)

Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências.

Título I – Das Disposições Gerais

Art. 1º – Constitui objeto da presente Lei garantir os direitos fundamentais no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, regular as condições da interrupção voluntária da gravidez e estabelecer as correspondentes obrigações dos poderes públicos.

§ 1º – Compreende-se como saúde sexual: o estado de bem-estar físico, psicológico e social relacionado com a sexualidade, que requer um ambiente livre de discriminação, de coerção e de violência.

§ 2º – Compreende-se como saúde reprodutiva: o estado de bem-estar físico, psicológico e social nos aspectos relativos a capacidade reprodutiva da pessoa, que implica na garantia de uma vida sexual segura, a liberdade de ter filhos e de decidir quando e como tê-los.

Art. 2º – No exercício de suas liberdade, intimidade e autonomia, todas as pessoas têm direito a decidir livremente sobre sua vida sexual e reprodutiva, conforme direitos e deveres estabelecidos pela Constituição Federal.

Parágrafo único – Ninguém será discriminado no acesso aos instrumentos e mecanismos previstos nesta Lei por motivos de origem racial ou étnica, religião, convicção ou opinião, sexo, identidade de gênero, deficiência física, orientação sexual, estado civil ou qualquer outro pretexto discriminatório.

Art. 3º – O Estado garantirá o direito à reprodução consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade na garantia da vida humana, e promoverá o exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de toda a população, entendendo-se que a interrupção voluntária da gravidez não constitui um instrumento de controle de natalidade.

Art. 4º – O direito à maternidade voluntária e livremente decidida é plenamente reconhecido.

Art. 5º – O Estado, no exercício de suas competências, garantirá o acesso aos equipamentos e aos profissionais de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e na rede complementar (privado), e aos equipamentos, conteúdos e profissionais de educação geridos pelo Ministério da Educação (MEC) que incidem no âmbito de aplicação da presente Lei.

Título II – Da educação sexual, da saúde sexual e dos direitos reprodutivos

Capítulo I – Políticas públicas para a educação sexual e reprodutiva

Art. 6º – O sistema de educação gerido pelo Ministério da Educação (MEC) contemplará a educação em saúde sexual e reprodutiva como parte do desenvolvimento integral da personalidade e da formação de valores, incluindo um enfoque integral que contribua para:

I – A promoção de uma visão da sexualidade baseada na igualdade e corresponsabilidade entre os gêneros, com atenção especial à prevenção da violência de gênero, agressões e abusos sexuais.

II – O reconhecimento e a aceitação da diversidade sexual.

III – A prevenção de DST – HIV.

IV – A prevenção de gravidez não desejada nos marcos de uma sexualidade responsável.

V – A incorporação da educação em saúde sexual e reprodutiva ao sistema educativo, levando em conta a realidade e as necessidades dos grupos ou setores sociais mais vulneráveis, como as pessoas com deficiência auditiva ou visual, proporcionando em todos os casos, informação e materiais acessíveis, adequados às suas idade e condição.

Parágrafo único: O poder público apoiará a comunidade educacional na realização de atividades formativas relacionadas à educação sexual e à a prevenção de DST – HIV e da gravidez não desejada, fornecendo informação adequada aos entes parentais.

Capítulo II – Políticas públicas para a saúde sexual e reprodutiva

Art. 7º – O poder público, no desenvolvimento de suas políticas de saúde e sociais, garantirá:

I – A informação e educação sexual e reprodutiva nos conteúdos formais do sistema de educação.

II – O acesso universal aos serviços e programas de saúde sexual e reprodutiva.

III – A informação sobre contracepção e sexo seguro que previna tanto as Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST-HIV) quanto a gravidez não desejada.

IV – O acesso a métodos seguros de contracepção de emergência em todas as unidades da rede pública de saúde e o acesso às informações corretas de sua utilização.

V – O aumento da oferta e diversidade de métodos contraceptivos nos serviços públicos de saúde, de modo a assegurar a todas as mulheres, do campo, da floresta e das cidades, durante toda a sua vida fértil, da puberdade à menopausa, o acesso a métodos seguros e saudáveis de evitar filhos, escolhidos de maneira correta e adequada às dinâmicas e peculiaridades de sua vida.

VI – Ações informativas e de sensibilização sobre saúde sexual e saúde reprodutiva, especialmente através dos meios de comunicação.

Art. 8º – O Sistema Único de Saúde (SUS) garantirá a formação de equipes multidisciplinares que deverão ser compostas por, no mínimo, um(a) médico(o) ginecologista, um(a) psicólogo(a), um(a) enfermeiro(a) e um(a) assistente social em todas as unidades especializadas para a realização da interrupção voluntária de gravidez.

Capítulo III – Políticas públicas de assistência integral à saúde da mulher

Art. 9º – O poder público, no desenvolvimento de suas políticas específicas de saúde da mulher:

I – Efetivará a Política Nacional de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM).

II – Fortalecerá a área técnica de Saúde da Mulher do Ministério da Saúde, aumentando e garantindo a efetividade dos serviços de interrupção voluntária da gravidez e assegurando treinamento e qualificação dos profissionais de saúde para a garantia e segurança dos métodos adotados.

Título III – Da Interrupção Voluntária da Gravidez

Capítulo I – Condições da interrupção voluntária da gravidez

Art. 10º – Toda a mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a presente Lei.

Parágrafo único – Ninguém será discriminado no acesso aos instrumentos e mecanismos previstos nesta Lei por motivos de origem racial ou étnica, religião, convicção ou opinião, sexo, identidade de gênero, deficiência física, orientação sexual, estado civil ou qualquer outro pretexto discriminatório.

Art. 11 – Toda mulher tem o direito a decidir livremente pela interrupção voluntária de sua gravidez durante as primeiras doze semanas do processo gestacional.

Art. 12 – Ultrapassado o prazo estabelecido no artigo 11 da presente Lei, a interrupção voluntária da gravidez somente poderá ser realizada:

I – Até a vigésima segunda semana, desde que o feto pese menos de quinhentos gramas, nos casos de gravidez resultante de estupro, violência sexual ou ato atentatório à liberdade sexual, sem a necessidade de apresentação de boletim de ocorrência policial ou laudo médico-legal.

II – A qualquer tempo, nos casos de risco de vida para a gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de risco à saúde da gestante, comprovado clinicamente.

III – A qualquer tempo, nos casos de incompatibilidade e/ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente.

Art. 13 – Todas as gestantes que manifestem sua intenção de submeter-se a uma interrupção voluntária de gravidez receberão informação sobre:

I – saúde sexual e reprodutiva e direitos reprodutivos;

II – os distintos métodos de interrupção da gravidez;

III – as condições para a interrupção previstas na presente Lei;

IV – as unidades de saúde disponíveis e acessíveis a que deva se dirigir;

V – os trâmites para obter a prestação do serviço.

Art. 14 – Nos casos em que a gestante opte pela interrupção voluntária da gravidez, ela receberá ainda, um envelope que conterá as seguintes informações:

I – as políticas públicas disponíveis para as mulheres grávidas e os serviços de saúde disponíveis durante a gravidez e o parto;

II – os direitos trabalhistas vinculados à gravidez e à maternidade, além das políticas públicas para o cuidado e atenção dos filhos e filhas;

III – dados sobre as unidades disponíveis para o acesso à informação adequada sobre contracepção e sexo seguro;

IV – dados sobre as unidades onde a mulher possa receber voluntariamente acompanhamento antes e depois da interrupção da gravidez.

§ 1º – A elaboração, o conteúdo e o formato destas informações serão determinados através de normas expedidas pelo Ministério da Saúde.

§ 2º – As informações acima listadas terão caráter público e também deverão ser explicadas presencialmente às gestantes.

§ 3º – Uma vez cumpridas as condições descritas acima, a interrupção voluntária da gravidez deverá ser realizada em até no máximo três dias.

Art. 15 – Salvo nos casos de risco iminente de vida, em que a mulher esteja impossibilitada de manifestar sua vontade, a interrupção voluntária da gravidez só será realizada mediante consentimento expresso e por escrito:

I – da gestante capaz, maior de dezoito anos.

II – do representante legal, no caso das gestantes maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, que se manifestam conjuntamente com a gestante.

III – dos pais, representantes ou responsáveis legais, no caso de gestante com idade inferior a dezesseis anos.

IV do representante legal, no caso de uma mulher declarada incapaz em juízo.

§ 1º – Gestantes maiores de dezesseis e menores de dezoito anos poderão ser liberadas do consentimento do representante legal no caso de perigo certo e fundamentado de violência intrafamiliar, ameaças, coações, maus tratos ou situação de desamparo total em função da interrupção voluntária de gravidez.

§ 2º – No caso da interrupção voluntária da gravidez ser realizada em uma menor de catorze anos, será exigido o consentimento de pelo menos um de seus representantes legais. Nesse caso, a criança deverá ser ouvida e, frente a qualquer outro interesse, será considerada primordialmente a satisfação do seu interesse, no pleno gozo de seus direitos e garantias consagrados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

§ 3º – Sempre que a mulher ou adolescente tiver condições de discernimento e de expressão de sua vontade, deverá também consentir, assim como deverá ser respeitada a sua vontade se não consentir com o abortamento, que não deverá ser praticado, ainda que os seus representantes legais assim o queiram.

§ 4º – Nos processos que envolverem crianças e adolescentes menores de dezoito anos obrigatoriamente se manifestará o Ministério Público. Se nesses casos a gestante ou sua família estiver em condições de vulnerabilidade ou hipossuficiência, serão assistidos pela Defensoria Pública.

Título IV – Dos Procedimentos Prévios e Posteriores à Interrupção Voluntária da Gravidez

Art. 16 – Todas as unidades especializadas para a realização da interrupção voluntária de gravidez terão a obrigação de cumprir com o que preceitua a presente Lei, devendo estabelecer as condições técnico-profissionais e administrativas necessárias para possibilitar o acesso ao procedimento.

Art. 17 – As unidades de saúde que prestem o serviço da interrupção voluntária da gravidez assegurarão a intimidade das mulheres e a confidencialidade no tratamento dos seus dados de caráter pessoal. Quando o acesso for solicitado por outro profissional de saúde a fim de prestar a adequada assistência médica a uma paciente, as informações serão limitadas estrita e exclusivamente aos dados necessários para a assistência médica, deixando de constar a realização da interrupção voluntária da gravidez.

Parágrafo único – As unidades de saúde que tenham realizado uma interrupção voluntária de gravidez deverão cancelar de ofício a totalidade dos dados das pacientes uma vez transcorrido cinco anos a partir do último registro da intervenção. Entretanto, a documentação clínica poderá ser conservada para fins estatísticos desde que cancelados todos os dados identificadores da paciente.

Título V – Da Objeção de Consciência

Art. 18 – Os médicos que manifestem objeção de consciência para intervir nos atos médicos a que faz referência esta Lei deverão informar, de forma circunstanciada e individual, às autoridades dos estabelecimentos a que pertençam, que deverão promover o registro da informação nos assentos institucionais.

§ 1º – É direito do/a médico/a recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

§ 2º – Nos casos de interrupção voluntária da gestação, não cabe objeção de consciência:

I – Em caso de necessidade de abortamento por risco de vida para a mulher;

II – Em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro(a) médico(a) que o faça e quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do(a) médico(a);

III – No atendimento de complicações derivadas de abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.

§ 3º É dever do(a) médico(a) informar à mulher sobre suas condições e direitos e, em caso que caiba a objeção de consciência, garantir a atenção ao abortamento por outro(a) profissional da instituição ou de outro serviço. Não se pode negar o pronto-atendimento à mulher em qualquer caso de abortamento, afastando-se, assim, situações de negligência, omissão ou postergação de conduta que violem os direitos humanos das mulheres.

§ 4º – Em todo os casos, as instituições e unidades de saúde e as autoridades responsáveis pela prestação do serviço deverão garantir a realização do procedimento da interrupção voluntária da gravidez, observadas as disposições da Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.

Título VI – Das Disposições Finais

Art. 19 – Ficam revogados os artigos 124, 126 e 128 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Art. 20 – O artigo 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 127. A pena cominada no artigo 125 deste Código será aumentada de 1/3 (um terço) se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevier a morte.”

Art. 21 – Para a fiel execução da presente Lei, regulamento do Ministério da Saúde disciplinará, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a promulgação, as normas complementares para a implementação do disposto nesta Lei no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Art. 22 – Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

A primeira razão para este Projeto de Lei é, na verdade, uma falta de razões: não há justificativa para que o aborto *seguro* seja ilegal e as mulheres que o praticam, bem como aqueles e aquelas que as assistem, sejam considerados criminosos ou criminosas. Todos os argumentos que, ao longo do tempo, têm sido oferecidos a modo de justificativa para manter a atual legislação não passam de um conjunto mal articulado de mentiras, omissões e hipocrisias cujo efeito se mede, anualmente, em vidas humanas. Vidas indiscutíveis, seja pela ciência, seja pela filosofia, seja pela religião, de mulheres já nascidas.

E o único motivo para isso é a vontade de uma parcela do sistema político e das instituições religiosas de impor pela força suas crenças e preceitos morais ao conjunto da população, ferindo a laicidade do Estado.

A primeira mentira da legislação atual é que a discussão sobre a legalidade ou ilegalidade do aborto seguro seja uma discussão sobre a possibilidade real da sua prática, como se da aprovação ou rejeição de um Projeto de Lei como este que estamos apresentando dependesse que abortos venham a ser praticados em maior ou menor quantidade no país. É um tipo de falácia muito comum: fazemos de conta que a criminalização tem alguma incidência quantitativa na prática de abortos, embora qualquer pesquisa séria em qualquer país do mundo prove o contrário, da mesma forma que

fazemos de conta que a criminalização de determinadas substâncias impede seu consumo e sua comercialização massiva; que a omissão legislativa sobre os direitos civis de determinadas famílias faz com que elas não existam; que a negação dos direitos dos filhos de casais homoafetivos faz com que eles não tenham mais dois pais ou duas mães; ou que a omissão legislativa sobre a identidade de gênero de determinadas pessoas faz com que o nome que elas usam na vida real, e pelo qual são chamadas pelos outros, seja substituído, em alguma circunstância não meramente formal, por aquele que apenas existe nos documentos. É a lei do faz de conta, cuja inutilidade prática a tornaria irrelevante, não fosse o enorme dano social e produz, de diversas formas, em cada um dos casos elencados. Da mesma forma que fazíamos de conta, algum tempo atrás, que o fato de o divórcio ser ilegal impedia que os casais que já não se amavam deixassem de viver juntos, como se um documento registrado no cartório pudesse mudar a realidade da vida.

No caso que nos ocupa, algumas informações precisam ser trazidas à tona. Estima-se que no país ocorram, anualmente, entre 729 mil a 1 milhão de abortamentos inseguros, embora o aborto seja ilegal. Uma pesquisa realizada pela Universidade de Brasília em parceria com o Instituto Anis revela que, em todos os estados brasileiros, as mulheres que interrompem a gravidez são, em sua maior parte, casadas, têm filhos e religião, estando distribuídas em todas as classes sociais. Essa pesquisa aponta, ainda, que uma em cada sete brasileiras com idade entre 18 e 39 anos já realizou ao menos uma interrupção voluntária da gravidez na vida. Isso equivale a uma multidão de cinco milhões de mulheres. Na faixa etária de 35 a 39 anos a proporção é ainda maior, sendo que uma em cada cinco mulheres já fizeram pelo menos uma interrupção voluntária da gravidez ao longo da vida. Isso demonstra a magnitude do abortamento no Brasil, independentemente da proibição legal. Não se trata de uma questão de direito penal, mas de saúde pública. Entretanto, estudos apontam que a condição de clandestinidade do aborto no Brasil dificulta a definição de sua real dimensão, bem como da complexidade dos aspectos, que envolvem questões legais e econômicas, sociais e psicológicas, exercendo impacto direto na vida e na autonomia das mulheres.

Esses abortamentos acontecem, na maioria das vezes, por meio de procedimentos realizados sem assistência adequada, de forma insegura e na ausência de padrões sanitários adequados, gerando possibilidades de complicações pós-aborto, como hemorragia e infecção, infertilidade ou morte. Mais recentemente, em especial no Rio de Janeiro, a prática do aborto tem ficado a cargo das milícias e do tráfico de drogas, já que todas as clínicas que possuíam infraestrutura e profissionais qualificados foram fechadas e seus trabalhadores criminalizados. Os casos de Jandira Magdalena dos Santos Cruz e Elizângela Barbosa são emblemáticos e comprovam que quando o Estado se omite, o vácuo é preenchido da pior maneira. A criminalização e as leis restritivas não levam à eliminação ou redução do número de abortos provocados, mas produzem, sim, um efeito que os defensores dessa política preferem ignorar: o aumento considerável dos índices de morbidade feminina, representando, ainda, uma das principais causas de morte materna no Brasil, como acontece em outros países onde o aborto é total ou parcialmente ilegal. E é nesse aspecto que a “lei do faz de conta” não é inócua: a legalização do aborto evitaria milhares de mortes e casos de prejuízos à saúde das mulheres que, por falta de recursos econômicos, recorrem à prática da interrupção voluntária da gravidez nas piores condições de risco e insegurança. E é nesse efeito da lei que reside a segunda mentira: a “defesa da vida”, porque a criminalização do aborto mata. Além disso, dificulta o registro e a alimentação do sistema de informação sobre a mortalidade materna do Ministério da Saúde, contribuindo, assim, para a ocultação dessa causa específica de morte materna, que por vezes é mascarada por infecções e hemorragias, ou simplesmente contabilizada entre os óbitos por causas mal definidas.

O atendimento ao abortamento malsucedido é o segundo procedimento obstétrico mais realizado nos serviços públicos de saúde do país. Segundo dados do Datasus, são cerca de 230 mil internações por ano para o tratamento das complicações decorrentes do abortamento inseguro. Pesquisas tem sugerido que aspectos referentes à saúde pública e aos direitos humanos ainda não recebem a atenção e o aprofundamento devidos por parte dos legisladores, dos juízes, dos gestores, dos profissionais de saúde, entre outros atores sociais.

A diferença entre os países em que o aborto seguro é legal e aqueles em que a prática é criminalizada é que, nos primeiros, todas as mulheres, sem distinção, têm acesso a essa prática nas mesmas condições. A diferença, então, não é quantitativa (embora em alguns países, após a legalização do aborto, tenha diminuído seu número), mas qualitativa e de igualdade. Nos países onde o aborto é ilegal, sua prática em clínicas privadas é socialmente tolerada e raramente perseguida, de modo que as mulheres que têm condições de pagar conseguem realizá-lo nas mesmas condições dos países onde o aborto é legal. Já as mulheres da classe trabalhadora, que se atendem pelo SUS ou por um plano de saúde que, por ser o aborto ilegal, não pode garantir a prestação, precisam recorrer a métodos inseguros, sem qualquer tipo de acompanhamento dos sistemas de saúde e assistência social e ameaçadas pela possível punição.

Ou seja, a criminalização do aborto é uma questão de classe, já que só vale, na prática, para as mulheres pobres. Eis a terceira mentira: a política de criminalização do aborto não é geral, mas seletiva. E sua consequência são as alarmantes estatísticas de morbidade materna — de mulheres pobres — por complicações decorrentes do aborto clandestino que, em países que legalizaram o aborto, caíram até zero, ou seja, vidas foram salvas com a legalização.

No vizinho Uruguai, de acordo com dados oficiais do Ministério da Saúde, publicados um ano depois da aprovação da lei que descriminalizou o aborto e garantiu sua prática no sistema de saúde, entre dezembro de 2012 e dezembro de 2013 se realizaram 6.676 abortos legais e não morreu nenhuma mulher por essa prática. Quer dizer: legalizar o aborto é, na verdade, uma escolha política em favor da vida das mulheres. As estatísticas uruguaias também indicaram uma diminuição do número de abortos por ano com relação ao período anterior, que podem ser explicados pelo fato de que a legalização permite aos hospitais e centros de saúde oferecer às mulheres que recorrem a eles o acompanhamento de profissionais e toda a informação necessária para que decidam livremente e conhecendo as alternativas, como é garantido, também, no presente projeto.

A quarta mentira é a culpabilização das mulheres pela gravidez indesejada, que aparece, mais ou menos explicitamente, nos discursos contrários à legalização do aborto. A interrupção voluntária da gravidez é um processo difícil para as mulheres, não há a possibilidade de ser usado como contraceptivo, como acusam os detratores do aborto legal e seguro. Também não é prerrogativa de adolescentes e mulheres jovens: muitas das mulheres que realizam o abortamento inseguro têm mais de dois filhos e relações conjugais estáveis. Por outro lado, uma das mentiras mais perversas, porque os mesmos setores políticos que se opõem a legalizar o aborto são os que também boicotam de todas as formas possíveis as políticas de educação sexual integral, prevenção da gravidez indesejada e acesso gratuito aos métodos contraceptivos. Este Projeto de Lei garante não apenas o direito à interrupção da gravidez indesejada como também sua prevenção: educação sexual para decidir, contraceptivos para não abortar e aborto legal para não morrer.

É assim que se faz na maioria dos países desenvolvidos.

Estima-se que 41% da população mundial vive nos 50 países que permitem o aborto sem qualquer tipo de restrições causais (China, França, Espanha, Rússia, África do Sul, Estados Unidos, entre outros), 21% em outros que o permitem de acordo com amplos critérios sociais e econômicos (Grã-Bretanha, Índia, Zâmbia, etc.) e 13% em países que o permitem apenas em determinadas circunstâncias, como é o caso do Brasil, da Argentina e outros. Apenas 26% da população do mundo vive em países onde o aborto é sempre ilegal ou só é permitido para salvar a vida da mãe. Dos 193 países que integram as Nações Unidas, o aborto é ilegal em todos os casos apenas em cinco: Vaticano, Malta, Chile, El Salvador e Nicarágua. E, nos últimos anos, vários países legalizaram o aborto ou ampliaram os casos em que ele é permitido.

E o que acontece no Brasil? Nessa questão, como em outras que envolvem os direitos relacionados com a sexualidade e, de modo mais geral, com as liberdades individuais, o país enfrenta o atraso com relação ao mundo por conta da submissão do poder legislativo aos jogos de poder do fundamentalismo religioso.

No Congresso, desde 2008, a organização desses setores vem avançando continuamente.

Quatro frentes parlamentares antiaborto atuam de forma extremamente organizada no Parlamento. Frentes estaduais de parlamentares foram formadas. Integrantes dessas frentes e outros(as) parlamentares que também se posicionam contra a descriminalização e a legalização da interrupção voluntária da gravidez ocuparam, em maioria, as comissões que avaliam e votam os projetos de lei que dizem respeito aos direitos das mulheres.

No final de 2008, estes setores propuseram uma CPI que não foi implementada, mas parlamentares reacionários e machistas seguem se articulando para sua efetivação. Paralelamente, projetos de lei retrógrados, contrários aos direitos das mulheres, que foram propostos entre 2007 e 2009, tramitaram no Congresso sob forte pressão para votação. Entre eles, há dois projetos orientados para aumentar a criminalização das mulheres: o Estatuto do Nascituro, que, se aprovado, impedirá a realização de interrupção voluntária da gravidez até em casos de estupro e criminalizará o debate e luta pela legalização; e o projeto que defende a obrigatoriedade do cadastramento de gestante no momento da constatação da gravidez, uma forma de manter a vida reprodutiva das mulheres sob vigilância, caracterizando as mulheres, de uma forma geral, como criminosas em potencial. O Estatuto do Nascituro e seus apensos estão na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal.

No início do ano de 2010 ocorreram novos fatos que atacaram ainda mais a democracia. Não bastasse a assinatura da Concordata Brasil-Vaticano, que estabelece um estatuto da Igreja Católica no país, desrespeitando a condição laica do Estado, setores da direita, entre eles integrantes da Igreja Católica, ruralistas e defensores da ditadura militar atacaram frontalmente o terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3). Dentre os temas criticados por esses setores, está o apoio à revisão da legislação punitiva da interrupção voluntária da gravidez. O plano, elaborado a partir de conferências públicas, ou seja, da participação popular, foi totalmente desqualificado por esses grupos, que querem impor o retrocesso de direitos, a subordinação e controle sobre o corpo e a vida das mulheres.

Em abril de 2013, foi apresentado um novo requerimento de Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar de interesses e financiamentos internacionais de realização da interrupção voluntária da gravidez.

Os processos eleitorais tem sido momentos em que esses grupos conservadores, em nome da falsa defesa da vida, chantageiam candidatas(os) e eleitorado para fazer prevalecer sua visão ideológica e ampliar as bases conservadoras no poder. Com isso, o debate da interrupção voluntária da gravidez fica rebaixado para o âmbito judicial.

Neste contexto, a construção de uma frente ampla, com uma unidade que extrapole os movimentos feministas, é condição fundamental para confrontar e resistir ao avanço das forças conservadoras e criar um clima de diálogo e denúncia na sociedade, envolvendo vários setores na intensificação do debate e das ações que criem bases para uma nova correlação de forças que nos seja favorável.

É nesse caminho que este projeto se inscreve.

No contexto das eleições gerais brasileiras de 2010, a Frente Nacional contra a Criminalização das Mulheres e pela Legalização do Aborto apresentou para debate propostas para a legalização da interrupção voluntária da gravidez no Brasil. O intuito era reverter o processo de denúncias, humilhações e ações judiciais em curso, que atingem tanto mulheres que abortaram quanto as trabalhadoras que as atendem e as organizações que lutam pela legalização, assim como fazer avançar a concretização deste direito das mulheres no futuro próximo.

No Brasil, o caso emblemático de criminalização das mulheres ocorreu no estado do Mato Grosso do Sul, quando, após invasão de uma clínica que supostamente fazia interrupção voluntária da gravidez, 10 mil mulheres tiveram suas fichas médicas violadas e 2 mil mulheres ficaram sob ameaça de indiciamento. As profissionais que trabalhavam na clínica que realizava o procedimento (três auxiliares de enfermagem e uma psicóloga) foram a júri popular no início de abril deste ano, sendo condenadas sem nenhuma prova. Além disso, outras mulheres que supostamente praticaram interrupção voluntária da gravidez nesta clínica foram condenadas, também sem provas, a trabalho comunitário.

Diante da desinformação generalizada da população, da diversidade de visões sobre a questão e, em especial, dos argumentos falaciosos, falsas informações e toda sorte de mentiras lançadas e difundidas pelas forças patriarcais reacionárias e seus aliados, a Assembleia da Frente, realizada no final de 2009, decidiu pela elaboração e difusão de uma Plataforma pela legalização da Interrupção voluntária da gravidez no Brasil.

Para uma efetiva autodeterminação reprodutiva das mulheres é preciso a implantação de um conjunto de medidas e políticas que promovam direitos, enfrentem a cultura política patriarcal, o racismo e a desigualdade social. Estas medidas são aqui apresentadas em torno de prioridades, que têm como princípio assegurar a autonomia e a livre decisão da mulher sobre seu corpo e sua vida, respeitando a confidencialidade, privacidade, e garantindo escuta e orientação, principalmente às mulheres jovens, adolescentes e meninas.

O direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez, em ambiente legal e seguro, está fundado no Direito Internacional dos Direitos Humanos. O Estado Brasileiro, como signatário dos pactos e convenções de Direitos Humanos e seus protocolos, que formam o corpus jurídico deste direito, está obrigado a garantir às mulheres os seguintes direitos: à vida, ao máximo possível de saúde física e mental; à igualdade e não discriminação; à intimidade e à autonomia reprodutiva; à liberdade; a não serem submetidas a maus tratos, crueldade e degradação; à liberdade de consciência e religião, entre outros. Dessa forma, a proibição e a criminalização do aborto e a falta de acesso a procedimentos seguros e gratuitos constituem uma violação destes direitos. Garantem a vigência destes direitos o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, e a 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Beijing em 1995, forma marcos para a afirmação dos direitos sexuais e os direitos reprodutivos das mulheres como direitos humanos. Em especial, o Programa de Ação do Cairo estabelece as definições de saúde sexual reprodutiva e direitos reprodutivos:

“A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e as suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.”

“Tendo em vista a definição supra, os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento”

O Estado brasileiro assumiu tais compromissos com a garantia dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos, que devem ser traduzidos em ações que possibilitem a mulheres e homens vivenciarem com plenitude e saúde a sua sexualidade; decidirem, livre e conscientemente, ter ou não ter filhos – o seu número e espaçamento entre eles; acessarem informações e os meios necessários

à concretização de suas decisões reprodutivas, além de tratamento digno e de qualidade, quando dele necessitarem.

O governo brasileiro comprometeu-se a garantir a saúde sexual, estado de bem-estar físico, psicológico e social relacionado com a sexualidade que requer um ambiente livre de discriminação, de coerção e de violência; e a saúde reprodutiva, estado de bem estar físico, psicológico e social nos aspectos relativos a capacidade reprodutiva da pessoa, que implica na garantia de uma vida sexual segura, a liberdade de ter filhos e de decidir quando tê-los. Além disso, o governo brasileiro se comprometeu-se a revisar as leis punitivas que incidem sobre as mulheres que praticam abortos ilegais e inseguros, conforme compromisso disposto no parágrafo 106 k. da Plataforma de Ação de Beijing (Conferência Mundial sobre a Mulher). De acordo com o referido parágrafo 106 k, os Estados se comprometeram a “considerar a possibilidade de reformar as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais”.

Desde que se iniciou o processo de reabertura democrática no Brasil, em meados da década de 1980, organizações da sociedade civil que trabalham para a igualdade de direitos entre homens e mulheres e para a efetiva implementação dos direitos das mulheres vêm travando batalhas no campo democrático no sentido de garantir que o Estado dispense a atenção devida aos temas que afetam direta e especificamente a saúde das mulheres, e os direitos sexuais e reprodutivos no Brasil. Como resultado dessas batalhas, avanços foram conquistados com a adoção do Programa de Atenção à Saúde Integral das Mulheres (PAISM), as políticas de atenção à feminização da epidemia de Aids, elementos da estratégia Rede Cegonha, entre outros. Os direitos Sexuais e os direitos reprodutivos fazem parte dos direitos humanos e têm como marco a Constituição Federal de 1988, que incorpora o direito a saúde no rol dos direitos sociais, no seu artigo 6º, e estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, no artigo 196.

Um outro avanço em termos normativos para a garantia da saúde sexual e reprodutiva e dos direitos reprodutivos é a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, que estabelece normas gerais de acolhimento, orientação e atenção clínica a mulheres que passaram por abortamento – espontâneos ou provocados – e procuram assistência em unidades de saúde públicas ou privadas. (Ministério da Saúde, 2010).

Hoje, vinte anos depois do Programa de Ação do Cairo, é necessário avançar mais houve em termos legislativos para efetivar políticas de saúde sexual e reprodutiva que garantam o direito à interrupção legal da gravidez no Brasil. Neste sentido, o Brasil através da apresentação deste Projeto de Lei, vem cumprir com o que foi acordado no Consenso de Montevideu, que estabeleceu a necessidade dos países tomarem medidas para revisar suas leis, regulamentos, estratégias e políticas públicas relacionadas com a interrupção voluntária da gravidez a fim de proteger a vida e a saúde das mulheres, adolescentes e jovens, melhorar a sua qualidade de vida, e reduzir o número de abortos (parágrafo 42, Consenso de Montevideo).

Este Projeto de Lei foi inicialmente construído em parceria com o Setorial de Mulheres do Partido Socialismo e Liberdade a partir da Plataforma pela Legalização do Aborto escrita pela Frente Nacional pela Legalização do Aborto e do acúmulo histórico e de luta de tantas feministas que valorizam e querem preservar a vida e a dignidade das mulheres.

Foram levados em consideração para a redação desta proposição: a lei 18.987 do Uruguai, a lei do Estado Espanhol de 2010, e o Projeto de Lei da Campanha Nacional pelo Aborto Seguro, Legal e Gratuito da Argentina.

Colaboraram com a construção deste Projeto de Lei, com sugestões, críticas ou contribuições, as seguintes pessoas e entidades: Sonia Correa; Maíra Fernandes; Beatriz Galli; Bernardo Campinho; OAB – Ordem dos Advogados do Brasil; IPAS; CLADEM; CFemea; companheiras da AMB – Articulação de Mulheres Brasileiras; companheiras da CAMTRA – Casa da Mulher Trabalhadora; companheiras da CDD – Católicas pelo Direito de Decidir; companheiras da Marcha de Mulheres Negras; CRP-RJ; CRESS – RJ; servidoras da SPM – Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República; servidoras do Ministério da Saúde; professoras e professores das redes públicas do Rio de Janeiro e do Distrito Federal.

Diante de todo o exposto, conto com o apoio dos nobres pares para a aprovação desta proposição.

Sala das Sessões, em 24 de março de 2015.

Deputado JEAN WYLLYS