Teoria da argumentação jurídica e *love's knowledge* no caso da antecipação do parto do feto anencéfalo

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz

Sumário

1. Introdução. 2. Teoria da argumentação jurídica. 3. *Love's knowledge*. 4. A falácia da ponderação de valores como mecanismo de resolução válida dos *hard cases*. 5. O papel das emoções nas decisões judiciais. 6. A anencefalia. 7. Análise de decisões sobre a antecipação do parto do feto anencéfalo[1]. 8. Conclusões.

1. Introdução

Fortes sentimentos morais influenciam o processo de tomada de decisão pelos magistrados, mas a racionalidade imposta pela ciência do direito e pela teoria da argumentação jurídica fez com que o estudo da influência desses sentimentos fosse ignorada pela ciência do direito. Com isso, para responderem os anseios de uma decisão estritamente objetiva e racional, com frequência os julgadores utilizam-se de artifícios para escapar do dever de fundamentar de forma honesta, isto é, indicando todos os fatores reais que embasaram a decisão – racionais, emocionais, religiosos e outros –, impedindo assim o pleno controle racional do ato jurisdicional.

Geilza Fátima Cavalcanti Diniz é Doutoranda em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB/DF), Mestra em Direito Público (UFPE), Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal (ESMA/DF) e Juíza de Direito Substituta (TJDFT)

[1] A expressão antecipação do parto será utilizada em detrimento da expressão aborto, por não haver uma tipicidade expressa quanto ao fato e, no presente trabalho, minha ideia não é fornecer uma resposta correta quanto à existência ou não de crime nessa situação.

É o que vem acontecendo no Brasil no caso da interrupção antecipada do parto do feto anencéfalo, tema marcado por um profundo debate na seara com sede na filosofia moral[2] e influenciado pela firme posição da maior parte das religiões quanto à proibição do aborto e, de outro lado, de grupos feministas que pregam a autonomia da vontade da mulher. Com os pedidos de autorização para interrupção dessas gestações, os juízes se deparam com situações em que o direito não resolve e que é necessário, a fim de legitimar sua escolha, agir como o juiz Hércules (DWORKIN, 1999, p. 405-406), o qual supostamente conhece todas as justificativas políticas do legislador, como aquelas de princípio[3].

A complexidade dos fatos apresentados ao judiciário, aliada à evolução muito mais célere da medicina e da sociedade do que do direito, dificulta o processo de tomada de decisões judiciais com base em critérios meramente objetivos, lógicos ou racionais (CANARIS, 1996), critérios que costumam rechaçar qualquer avaliação de sentimentos. Com essa realidade, o positivismo kelseniano ou formalismo puro parecem ter entrado em crise[4] ante a riqueza dos casos concretos e a necessidade da escolha nos chamados *hard cases* (DWORKIN, 2003, p. 127 e ss.) (casos difíceis) e *tragic choices*[5] (escolhas trágicas).

A análise crítica de decisões judiciais em ações que versavam sobre a autorização para a interrupção da gestação do feto anencéfalo será a base do presente estudo, para se analisar a influência dos sentimentos no processo de tomada de uma decisão. Esse fator, dado o vácuo legislativo, acaba propiciando decisões em sentidos diametralmente opostos, pois não há uma subsunção direta entre o fato e a norma. E a tão propalada ponderação de valores em nada socorre ao magistrado, pois o valor que vai preponderar não será necessariamente o de uma das partes, mas sim aquele que reside no campo da emoção do magistrado, suas convicções religiosas e morais. Se esses fatores ligados aos sentimentos influenciam a tomada de decisão, deve ser submetido ao controle, retirando-se o véu da racionalidade pura do direito.

É realmente necessário afastar da argumentação jurídica toda e qualquer abordagem sentimental? Há como se pensar em uma *phronesis* desprovida de emoções? Ou as emoções podem tornar o juiz um julgador melhor, desde que exponha seus sentimentos para que suas decisões possam ser racionalmente controláveis[6]? Razão e emoção, afinal, são incompatíveis ou o autocontrole, o controle das emoções e sentimentos é um pré-requisito do bom juiz? É possível aproximar fisoloficamente[7] todos os fatores que

[2] "It is ironic that in the abortion debate, one of the most pressing moral controversies of our time, we condemn apparent moral consistency and conviction and defer to moral incoherence and superficiality" (BORGMANN, 2009).

[3] Segundo Dworkin (2002, p. 129), os argumentos de política demonstram que a decisão protege um objetivo comum da sociedade e os argumentos de princípio justificam uma decisão política, ao mostrar que aquela decisão jurídica respeita ou garante o direito de um indivíduo ou grupo.

[4] "Pensamos que sim, o Direito passa por um momento de crise paradigmática que aponta para uma superação ou transformação do próprio paradigma. Neste momento de crise no paradigma decisório, as decisões jurídicas perdem previsibilidade, causando uma disfunção que retroalimenta este estado crítico" (FREITAS FILHO, 2003, p. 168).

[5] "The distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such distributions they arouse emotions of compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between on the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of the distributions, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral values wich prize life and well-being" (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 18).

[6] Freitas Filho (2007, p. 41-65) leciona: "A publicidade das decisões permite, portanto, o controle social do poder decisório, e o dever que os *decision-makers* têm de atender ao princípio da coerência é estreitamente relacionado com as idéias de transparência e de *accountability* dos atos dos que detêm poder delegado pela sociedade".

[7] Hare (1993, p. 180-181) fala de importância da filosofia nas discussões bioéticas atuais, chegando a argumentar que, se a filosofia não pode ajudar nas discussões bioéticas atuais, deve haver algum

efetivamente influenciam no processo de tomada de decisões, enriquecendo o debate jurídico-filosófico contemporâneo?

Para desenvolver o tema, é preciso tecer breves comentários sobre a teoria da argumentação jurídica para, em seguida, conhecer a teoria *love's knowledge* e, só então, demonstrarmos que a análise das decisões judiciais em casos difíceis, tomado neste trabalho o caso da antecipação do parto do feto anencéfalo para comprovação da hipótese, não se exaure no estudo da racionalidade, pois os sentimentos do julgador são parte indissociável do processo de tomada da decisão.

2. Teoria da argumentação jurídica

A teoria da argumentação jurídica é um dos principais corolários da virada linguística, analisada pela filosofia da linguagem e desenvolvida especialmente por Wittgenstein, Austin, Hare, Habermas e outros. O giro linguístico foi um importante desenvolvimento da filosofia ocidental ocorrido durante o século XX e sua principal característica é a mudança de foco da filosofia para a linguagem. As teorias da argumentação jurídica propriamente ditas são ainda mais recentes, tendo sido desenvolvidas, entre outros, por Chäim Perelman, Toulmin e Wiehweg (BRAATZ, 2007, p. 133-147). Por ela, busca-se uma controlabilidade racional do discurso jurídico, estipulando-se regras e formas a serem seguidas no discurso racional, a fim de possibilitar a correção do mesmo. Busca-se efetivar, por intermédio da boa argumentação, a boa prática jurídica, com maior correção das decisões judiciais, especialmente nos ditos casos difíceis, nos quais há uma maior abertura ou até mesmo uma lacuna legislativa e é necessário que o julgador fundamente sua decisão, como requisito de legitimidade.

Pretendendo-se demonstrar que o discurso jurídico pode ser fundamentado racionalmente, olvida-se e rechaça-se tudo o que não é racional e, portanto, são considerados irracionais, para a maior parte dos filósofos, os sentimentos, as emoções e as convicções pessoais, que podem estar subjacentes às decisões judiciais. Em outras palavras, partindo do pressuposto do direito como ciência, a teoria da argumentação jurídica postula a racionalidade das decisões judiciais, por intermédio de uma argumentação pertinente, que possibilite o controle dessa racionalidade do discurso. O pressuposto é que as decisões jurídicas sejam corretas no que tange às pressuposições da ordem jurídica vigente, com base em uma justificação racional, que envolve a tomada de decisão com base na lei, nos precedentes e na dogmática (ALEXY, 2001, p. 321).

No entanto, a teoria da argumentação jurídica não resolve satisfatoriamente os casos nos quais a ordem jurídica vigente não é suficiente para o controle ou quando a argumentação jurídica é deturpada em prol de sentimentos escusos, não expostos na sentença, ou seja, casos em que a argumentação jurídica é feita como instrumento de retórica, no sentido pejorativo do termo. A pretensão do direito como sistema íntegro ou da existência de uma única decisão correta, na prática, demonstra-se falaciosa, porque o que se constata é a reiteração de decisões em sentido diametralmente oposto, embora o contexto fático seja idêntico. Essas situações precisam ser analisadas e enfrentadas pela teoria da argumentação jurídica.

A teoria da argumentação jurídica demonstra um primado da racionalidade (STOCKER; HEGEMAN, 2002, p. 134), pelo qual se considera que as emoções não são úteis para o trabalho intelectual e que, por isso, devem ser completamente abandonadas quanto ao seu estudo e análise, mas o ideal do raciocínio não-emocional é utópico, completamente irrealizável. O grande problema, ao qual acredito poder atribuir esse primado da racionalidade, é

problema com a disciplina, talvez, um indício de sua inutilidade.

que se atribui uma conotação negativa às emoções, como se o sentimento fosse algo necessariamente prejudicial e perturbador do bom julgamento. No entanto, razão e emoção[8] estão neurologicamente interligados e qualquer estudo sobre o processo de tomada de decisões judiciais deve-se ater a tal constatação.

Não existe compreensão que seja livre de todo preconceito (GADAMER, 1990, p. 709), e, aliás, é exatamente isso que garante às ciências do espírito a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que não lhes retira o caráter científico. Porém, o positivismo lógico afastou as valorações e condenou as emoções ao mundo proibido da subjetividade, pois somente poderia ser considerado verdadeiro o que fosse empiricamente verificado. Para os positivistas lógicos, os juízos de valor não poderiam predicar a verdade, mas somente os enunciados empíricos.

O emotivismo filosófico, por outro lado, reconheceu um caráter preponderante das emoções no discurso prático. Para essa corrente, não existem verdades morais independentes dos sujeitos individuais, pois aquelas derivam dos sentimentos que cada um tem acerca de determinado assunto. Critica-se o emotivismo por seu radicalismo, especialmente ao supor que os juízos morais sempre estão de acordo com sentimentos de aprovação ou reprovação, pois os juízos morais nem sempre exprimem emoções e podem ser baseados em critérios exclusivamente objetivos, como o cumprimento da lei em situações em que há subsunção direta.

Ciente das falhas de ambas as vertentes filosóficas extremadas, não pretendo retomar uma posição emotivista, tampouco positivista lógica, mas verificar até que ponto os julgadores se deixam influenciar pelas emoções no processo de tomada de decisões em *hard cases*, mascarando tal fato sob o manto de argumentações escusas, que inviabilizam o controle racional do argumento. Uma teoria da argumentação jurídica que pretenda realmente viabilizar a correção e controle das decisões judiciais não pode ser receosa quanto a essa análise.

Os princípios primordiais de um sistema moral não podem fornecer, por si sós, uma resposta única e inequívoca a todos os problemas morais que possam surgir e que devam ser enfrentados pela sociedade (PERELMAN, 1996, p. 296-297). Desta feita, se há mais de uma resposta correta para dilemas morais profundos que se colocam ao crivo do judiciário, a única possibilidade de controle é a plena honestidade do prolator da decisão, o qual deverá, então, explicitar as efetivas razões morais ou sentimentais que o levaram a tomar uma das possíveis decisões diante do caso concreto. No caso da antecipação do parto do anencéfalo, a autorização ou a não autorização são duas possíveis respostas, ambas baseadas em princípios morais defensáveis. Portanto, somente a honestidade quanto aos fundamentos que ensejaram a tomada de decisão possibilita o pleno controle do ato judicial.

A maior racionalidade, maior objetividade, mais certeza e menos imprecisão do direito, evitando-se a subjetividade, é buscada pela teoria da argumentação jurídica e essa busca evitou, de todo modo, afastar a emoção do processo de tomada de decisões, como visto alhures. Mas seria essa racionalidade incompatível com os sentimentos? Emoção e razão são realmente inimigos? Há como aproximar a teoria da argumentação jurídica e o *love's knowledge* para aperfeiçoar a controlabilidade do discurso racional? Para tanto, é preciso conhecer melhor *love's knowledge*, tese defendida por Martha Nussbaum.

[8] "Se Platão, Schachtel e Krystal chegam a se aproximar da verdade, o ideal da razão não emocional ou do raciocínio não-emocional é completamente irrealizável. Realmente, é tão irrealizável que deve ser sumariamente rejeitado. O que deveria ser examinado, em vez disso, é por que e como pôde ser proposto como um ideal" (STOCKER; HEGEMAN, 2002, p. 133).

Love's knowledge pode ser considerado como uma teoria, não recente, mas com delineações diferentes, que pretende comprovar que há conhecimento racional nos sentimentos e que, portanto, não se deve deixar os sentimentos à deriva no processo cognitivo.

3. Love's knowledge

Para demonstrar o conhecimento que existe no amor, Martha Nussbaum (1990, p. 261) narra uma situação em que Marcel estava convencido de que não amava mais Albertine, até que lhe chega a notícia de que Albertine tinha morrido e, então, com o sofrimento pela morte, ele descobre que, sem dúvida, ainda a amava. A razão tinha então cegado Marcel para algo que o seu coração sabia, mas esse sentimento foi sufocado até o momento em que a dor lhe trouxe o conhecimento do amor. Seguindo nessa linha, a autora conclui que as emoções têm um conteúdo cognitivo e que o conhecimento contido nas emoções deve ser sistematizado na atividade de reflexão, buscando-se um equilíbrio perceptivo.

Pelo *love's knowledge,* constata-se que a emoção não se opõe à argumentação racional e é exatamente por isso que Nussbaum propõe que a narrativa e a imaginação literária são ingredientes essenciais à argumentação racional. Criar-se-ia, de tal modo, uma postura ética interessada com o bem-estar das pessoas cujos problemas venham a ser colocados ao crivo do judiciário, retomando-se os postulados aristotélicos de bem comum[9]. Logo, o bom julgador deve entabular uma relação emocional e prática com os problemas de seus jurisdicionados, para melhor se aproximar da busca pela justiça. O juiz que não abre mão da emoção ao julgar julgaria não para uma massa anônima e indiferenciada, mas para o ser humano individual e singular (NUSSBAUM, 1995, p. 114). Propõe-se, portanto, uma abertura da ciência jurídica, paradoxalmente necessária para preencher a frincha subsistente entre a teoria e prática dos direitos humanos e fundamentais.

O *love's knowledge* pretende então trazer o estudo das emoções ao centro da análise filosófica, sem o medo da complexidade que essa análise possa significar. As emoções humanas necessitam de reflexão como aliadas da teoria da argumentação jurídica, isto é, é preciso descobrir as verdades do coração (Idem, 1990, p. 283) que influenciaram ou até mesmo determinaram a tomada de uma decisão. Tal teoria fornece uma descrição do modo em que o conhecimento transmitido em impressões emocionais deve ser sistematizado e encarado diretamente pela atividade de reflexão, o que pode ser perfeitamente aplicado ao caso da antecipação do parto do feto anencéfalo.

Dado que a atividade racional não precisa e não consegue abandonar a análise das emoções e sentimentos daquele que profere a decisão, especialmente nos casos difíceis ou trágicos. Nessa esteira, uma boa teoria da argumentação jurídica deve incluir na sua sistematização a análise das convicções pessoais do julgador, para então poder aumentar o espectro de correção das decisões, dado que a emoção e a razão, habitantes do mesmo cérebro humano, são indissociáveis. A emoção, na realidade, exerce uma forte influência sobre a razão e vice-versa, como no exemplo de Nussbaum, pois é cientificamente comprovado que os sistemas cerebrais necessários aos sentimentos se encontram enredados nos sistemas necessários à razão, não sendo completo, pois, um estudo isolado de qualquer um desses sistemas[10].

[9] Nussbaum (1990, p. 282) admite expressamente a influência do pensamento aristotélico em seu trabalho: "Here, as often, I find myself saying Aristotelian things".

[10] "Conhecer a relevância das emoções nos processos de raciocínio não significa que a razão seja menos importante do que as emoções, que deva ser relegada para segundo plano ou deva ser menos cultivada. Pelo contrário, ao verificarmos a função alargada das emoções, é possível realçar seus efeitos positivos e reduzir seu potencial negativo" (DAMASIO, 1996, p. 276-277).

Na tradição filosófica, a definição de emoção inclui crenças tanto quanto sentimentos. Os estoicos concluíram que as emoções são irracionais no sentido normativo e, por isso, deveriam ser fortemente evitadas quando se procura deliberar racionalmente sobre algo. Com Platão, Aristóteles, Spinoza e Adam Smith, a distinção entre emoção e intuição foi feita de forma mais clara. Raiva, amor, medo, esperança são exemplos de emoções, enquanto que sede e fome, por exemplo, são intuições, estas sim realmente desprovidas de racionalidade. Por outro lado, há uma dimensão cognitiva nas emoções, pela qual elas permitem ao agente perceber certo tipo de valor, que de outra maneira não seria alcançado.

Ao falar de sentidos e entendimento, São Tomás (apud FRAILE, 2005, p. 435) afirma que o conhecimento completo, integral, acerca de determinado objeto, não é somente o conhecimento intelectivo, mas ao mesmo tempo o sensitivo e intelectivo. Ambos funcionam em íntima compenetração, embora cada um tenha seu campo de atuação, seu alcance, sua finalidade e seu caráter próprio e distintivo. Sentimento e intelecto se distinguem em vários aspectos, especialmente porque os sentimentos atuam especialmente sobre o concreto e particular, enquanto que a inteligência atua sobre o abstrato e universal. Assim, o entendimento e os sentimentos conhecem a mesma coisa, o mesmo todo, mas de maneiras diversas.

As emoções estão intimamente ligadas a um objeto perceptivo; sente-se raiva de algo ou de alguém, medo de algo ou de alguém; por isso, elas possuem um conteúdo valorativo, diversamente do que acontece com as intuições. Os maiores pensadores gregos, como Chrysippus, foram além dos tradicionais, chegando então à conclusão de que as emoções são simplesmente idênticas a um certo tipo de crença ou julgamento (NUSSBAUM, 1995, p. 62). As emoções, para eles, refletiriam algo preconcebido no agente, seja uma crença, por exemplo, de base religiosa, seja um julgamento moral. Emoções, portanto, são intimamente relacionadas à religião e à moral.

As emoções podem ser simples, ligadas a alguma sensação física, como é o caso da dor, ou podem ser complexas, quando pressupõem um processamento cognitivo prévio. Especialmente quando complexas, as emoções podem conduzir a uma valoração ou reavaliação da situação que as causou inicialmente (RIVADENEIRA, 2008, p. 68), em um processo cognitivo ou de equilíbrio reflexivo. Assim, as emoções complexas permitem e fazem parte da racionalidade, permeiam e influenciam juízos de valor de forma válida, habitando uma seara cognitiva indissociável entre razão e emoção.

Um determinado sentimento, como a raiva, por exemplo, envolve um julgamento moral, um apelo a padrões morais e não a simples avaliações pessoais do agente. Alguns autores, aliás, chegam a propor que o ser humano somente consegue fazer valorações porque possui emoções relevantes, e emoções devem ser explicadas em termos emocionais e que as reações emocionais são produzidas mais rapidamente do que os julgamentos puramente racionais (GIBBARD, 1992, p. 129). As primeiras imagens, os primeiros juízos provêm da percepção sensível e, em consequência, o conhecimento sensível é a base necessária e a fonte primária do conhecimento intelectivo ou racional. Dessa maneira, um sentimento requer uma valoração cognitiva, mas em uma velocidade mais acelerada do que a racionalidade pura. De todo modo, é certo que as emoções fazem parte do processo de conhecimento humano.

São Tomás (apud FRAILE, 2005, p. 448) desenvolveu a noção de entendimento possível, que decorre da junção dos sentimentos e da razão, tendo essência abstrata e universal. O entendimento possível tem uma atividade própria e importantíssima, que se desenvolve em duas fases fundamentais: apreensão e juízo. Para ele, o

modo de se realizar o processo intelectivo é obscuro, tratando-se de uma ação vital do conjunto humano, cuja razão última deve ser buscada na união substancial entre alma e corpo, na qual se compenetram intimamente matéria e espírito. É uma ação que se realiza entre as fronteiras do corpo e da alma. Há, pois, uma íntima compenetração entre o conhecimento sensitivo e intelectivo. Somente com essa interpenetração é possível ter o conhecimento integral do objeto.

O estudo e a análise das emoções, portanto, não pode ser esquecido por uma teoria da argumentação jurídica que pretenda buscar o controle das decisões judiciais e sua correção, porque as emoções são efetivamente usadas para a tomada de decisão. As emoções, em consequência, são constitutivamente relevantes para a avaliação de decisões judiciais e, por isso, uma conjugação das teorias da argumentação jurídica e *love's knowledge* é necessária, para que se atribua uma maior atenção e maior exame das emoções subjacentes aos argumentos supostamente objetivos. Logo, para uma visão ética completa dos *hard cases*, a análise das emoções é necessária, embora não seja suficiente.

4. A falácia da ponderação de valores como mecanismo de resolução válida dos hard cases

Analisando algumas decisões judiciais sobre a possibilidade do aborto do feto anencéfalo, verifica-se que grande parte das decisões identifica um conflito de direitos fundamentais, quais sejam: o direito à vida do feto e à autonomia e liberdade de escolha da mulher. E após essa identificação, os julgadores reiteradamente decidem com base na técnica da ponderação de valores. A ponderação de valores tornou-se uma constante no mundo todo, tendo o princípio da proporcionalidade, que a fundamenta, sido erigido a princípio constitucional em vários países. No entanto, a ponderação nada mais é do que uma metáfora poderosa para justificar o processo de tomada de decisões (TSAKYRAKIS, 2008). Passa-se a impressão errônea de que foi feito um cálculo preciso entre os dois direitos que estão em colisão e que, ao colocá-los na balança da justiça, um deles teve o maior peso do que o outro. E, assim, a decisão já está fundamentada.

É de se ver, entrementes, que, sempre que um conflito há de ser julgado pelo judiciário, haverá uma colisão entre dois direitos opostos – no mínimo um de cada parte litigante. Na clássica distinção entre regras e princípios, a solução é fácil quando a colisão se dá entre regras, pois elas obedecem ao tudo ou nada. Em um processo de subsunção direta, uma das regras vai prevalecer em detrimento da outra, que é, em consequência, afastada. Contudo, quando o conflito ocorre entre princípios, não há solução ou subsunção direta, é preciso um trabalho maior do intérprete, pois a subsunção já não é mais direta – e é então que o princípio da proporcionalidade aparece como uma varinha de condão, apto a resolver todos os conflitos.

O princípio da proporcionalidade vem ganhando espaço especialmente no julgamento dos *hard cases,* pretendendo ser uma ferramenta jurídica fundamental para a decisão de complexas questões, instrumentalizando a acomodação dos diversos princípios e regras de modo a maximizar os valores consagrados pela Constituição. Por intermédio desse princípio, o julgador, analisando a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida, sopesaria os dois princípios ou direitos fundamentais em colisão, dando mais peso àquele que deveria prevalecer no caso concreto.

O uso dos princípios se justificaria para explicar os casos difíceis, fugindo-se assim à discricionariedade judicial em sentido forte, na medida em que os princípios garantiriam uma integridade ao sistema jurídico, já que o juiz não é legitimado a

ser um legislador positivo. Com base nos princípios, quando não houver norma com subsunção direta a aplicar, o juiz justificaria sua decisão, de forma a garantir a coerência do todo e a controlabilidade de sua decisão, conforme preceituado pela teoria da argumentação jurídica.

Criou-se, portanto, a distinção das normas em regras e princípios na busca de critérios objetivos a determinarem as decisões judiciais. Todavia, a falta de uma hierarquia entre os princípios leva à possibilidade de duas decisões distintas, ainda que ambas obedeçam criteriosamente à técnica da ponderação, demonstrando, portanto, que a ponderação de valores feita pelo juiz não responde, como se pretendia, a qualquer critério objetivo, já que, caso houvesse um, a decisão a ser tomada em dois casos idênticos seria necessariamente a mesma, a fim de realmente ficar garantida a integridade do sistema jurídico e a pretensão de universalidade.

Essa metáfora poderosa da ponderação sugere que os decisores conseguiram chegar a um método certo do processo de tomada de decisões. Por ele, os julgadores, imparciais e racionais, colocariam em um lado da balança considerações a favor de uma das teses submetidas ao crivo do judiciário e no outro lado as considerações contrárias; pesaria essas duas teses e então chegaria à decisão de qual delas é mais pesada e, portanto, deveria prevalecer no caso concreto. Essa metáfora[11], é evidente, é vaga o suficiente para açambarcar uma grande variedade de possibilidades de julgamento.

Na realidade, o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores, longe de resolver os casos caóticos, mascaram o principal problema: como o juiz chegou à conclusão de que um direito fundamental era mais importante, no caso concreto, do que o outro? Quais valores subjacentes motivaram o julgador a se posicionar por um ou por outro princípio? Aqui reside, a meu ver, o vácuo da teoria da argumentação jurídica. É aqui que a coerência das decisões judiciais abre espaço à discricionariedade em sentido forte, sem permitam ao avaliador critérios e parâmetros que lhe permitam efetivamente controlar a decisão dada, pois a metáfora nada diz sobre os vários interesses realmente em jogo, porque não há uma única resposta correta.

A ideia de colocar valores em uma ordem de prioridades é presente em todas as ações humanas, sem que para isso seja necessário recorrer à proporcionalidade, talvez porque ela seja ínsita ao senso comum de justiça. Tsakyrakis (2008) exemplifica: eu não vou ao cinema quando tenho aula e nenhuma ponderação é necessária para tanto, porque qualquer um sabe que a aula é mais importante do que o cinema. As pessoas, portanto, elaboram argumentos morais utilizando a simples regra dos prós e contras, sem ser necessário recorrer ao princípio da proporcionalidade ou à ponderação de valores. Sem o subterfúgio do princípio da ponderação de valores com base na proporcionalidade, o julgador ficaria obrigado a fundamentar mais a sua decisão, talvez deixando claro quais são suas convicções pessoais, morais, éticas e religiosas e, por corolário, viabilizando uma correção efetiva de sua decisão.

O problema da retórica da ponderação é que a teoria esconde as considerações morais que são o cerne do debate acerca dos direitos humanos e priva a sociedade de um discurso moral, envolvendo convicções, sentimentos, crenças etc, que seria indispensável. A ponderação, antes de ser uma técnica de solução de conflitos legítima, é uma técnica que permite aos juízes mascarar suas razões com uma linguagem

[11] "The concept of 'balancing' is itself both a metaphor and an abstraction. The metaphor is ambiguous. It describes both a process of measuring competing interests to determine which is 'weightier' and a particular substantive outcome characterized as a 'balance' of competing interests. The abstract concept of balancing, furthermore, tells us nothing about which interests, rights, or principles get weighted or how weights are assigned" (KAHN, 1987).

neutra, mas que, ao mesmo tempo, é vazia e abstrata, não servindo aos efetivos fins de solução de conflitos sociais. Mas a melhor solução não seria a oposta, ou seja, de abrir o debate moral?

Por outro lado, prescritividade, que pugna pela universalidade do princípio moral, defendida, entre outros, por Hare (1993, p. 177) não "determina que exceções podemos fazer; apenas diz que têm de ser feitas em termos universais" e também não resolve qualquer problema, pois qualquer decisão pode ser tomada, desde que ela tenha aptidão para se tornar universal. Ora, mas e como se chegou a essa decisão e não a outra? A ética, pensada apenas em termos racionais, não resolve, até porque o homem não é um ser apenas racional, é também emocional.

No exemplo da antecipação do parto do feto anencéfalo, o juiz poderia, validamente, usando a fórmula da ponderação de valores, chegar às seguintes conclusões:

> 1. *Indeferimento da antecipação do parto do feto anencéfalo*, considerando que, entre os direitos em colisão – dignidade da gestante e autonomia de sua vontade e direito à vida do feto anencéfalo – deve prevalecer o direito à vida do feto anencéfalo, por ter maior peso. Em seguida, o juiz fundamentaria sua decisão nos subprincípios da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para dizer, por exemplo, que a antecipação do parto não é medida necessária, porque não restou cabalmente comprovado que a mãe corre risco de vida; que não é medida adequada, porque a mãe pode levar a gestação à termo e que a antecipação do parto não é razoável, já que a gravidez decorreu de ato voluntário da mulher.
>
> 2. *Deferimento da antecipação do parto do feto anencéfalo*, considerando que, entre os direitos em colisão – dignidade da gestante e direito à vida do feto –, deve prevalecer o direito da gestante de optar pela antecipação do parto, considerando, por exemplo, que o feto não tem interesse a ser tutelado ou que não possui viabilidade, pois morrerá logo após o parto. Em seguida, o juiz fundamentaria sua decisão nos subprincípios da proporcionalidade – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, para dizer, por exemplo, que a antecipação do parto é medida necessária, pois a gestação sempre envolve risco de vida, o qual seria desnecessário porque o feto não teria sobrevida; que a antecipação do parto é medida adequada, porque não há qualquer outra forma de salvar a vida do feto, pois a anencefalia é letal em cem por cento dos casos e que a antecipação do parto é razoável, já que a manutenção da gestação significaria apenas um prolongamento do sofrimento materno diante da à morte certa do feto.

O princípio da proporcionalidade se revela como um falso instrumento para incrementar a fundamentação das decisões judiciais, por ensejar uma fundamentação vazia, como as duas vistas acima, e que pode justificar validamente decisões diametralmente opostas com a utilização dos mesmos subprincípios. Isso incrementa a incoerência e inconsistência das decisões judiciais. Penso, portanto, que, sem o recurso retórico do princípio da proporcionalidade e da ponderação entre os valores submetidos à apreciação do juiz, o dever de fundamentação poderia ser mais árduo e, portanto, o julgador mais transparente quanto aos motivos reais que o levaram a tomar uma decisão de determinada maneira e não de outra, precisando, explicitar suas convicções morais e religiosas e seus sentimentos sobre o tema, viabilizando, em consequência, o controle pleno de sua decisão, já que o princípio da proporcionalidade não é garantidor de uma racionalidade plena.

5. O papel da emoção nas decisões judiciais

Despidos do princípio da proporcionalidade e da técnica de ponderação de valores, que repousa nos pilares da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, os julgadores se depariariam com a necessidade de explicitar os valores morais que o direcionaram à tomada de uma decisão e não de outra. Esses valores morais, como veremos ao analisarmos alguns casos sobre o aborto do feto anencéfalo, repousam sobre sentimentos, convicções religiosas e outros fatores não puramente objetivos.

Vários argumentos existem contra o estudo e a análise filosófica das emoções, sendo que os principais argumentos repousam em sua natureza supostamente irracional. Bons julgamentos, portanto, são aqueles que, desprovidos de conteúdos emotivos, atentam-se somente a fatores racionais. O ponto que se faz necessário analisar é se realmente é possível que um ser humano faça julgamentos puramente racionais, sem deixar suas emoções influenciarem de qualquer maneira na decisão ou se a emoção estará sempre presente e a pretensa racionalidade apenas nos cega para a análise dos sentimentos.

Em casos mais simples, cuja resposta nos é dada pela subsunção direta, a emoção não tem um papel decisivo. Pelo contrário, muitas vezes um juiz precisa tomar decisões contrariamente aos seus sentimentos, dada a clareza da lei. Posso, por exemplo, por minhas convicções religiosas, ser contrária ao aborto do feto decorrente de estupro, pois não seria certo eliminar uma vida humana inocente por causa do pecado de outro ser humano. Todavia, uma vez que um caso desses me é dado a julgamento, preciso aplicar a regra do Código Penal e autorizar o aborto, ainda que sofra com a decisão. Não há discricionariedade. Por outro lado, nos casos de incompletude, há uma ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados e, portanto, uma discricionariedade em sentido forte.

Para evitar essa análise das razões subjacentes, há autores que diferenciam razão explicativa (crenças religiosas, razões políticas e ideológicas) e razão justificativa, sendo que somente esta última deveria ser motivada[12]. Discordo. Toda razão deve ser explicitada, seja ela explicativa, seja justificativa, especialmente quando não há uma solução apontada na lei ou quando se desvirtua um entendimento consolidado com base em motivos subjacentes.

Alguns preferem ainda distinguir justificação interna e externa (ATIENZA, 2003, p. 40). Na justificação interna, deve-se utilizar uma lógica dedutiva, ou seja, de silogismo decisional – uma premissa maior, uma premissa menor e uma conclusão, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito, justificando cada uma das premissas, individualmente (Idem). Essa exposição completa dos fundamentos tem a pretensão de viabilizar a correção da decisão judicial. Alguns acreditam que, na teoria sobre uma abordagem psicológica ao discurso moral[13], o erro é não entender o caráter do discurso moral como uma atividade governada por regras, como se efetivamente toda a atividade judicial fosse governada por regras que sempre trouxessem uma resposta correta (ALEXY, 2001, p. 53). Mas esses autores não explicam de forma satisfatória, completa, os casos em que o governo das regras é insuficiente, seja por lacuna, seja por possibilidade de dupla interpretação e esquecem-se de propor uma solução para quando as regras não

[12] Afirmam os autores (GRAZIERO; SERBENA, 2010), textualmente, que "em geral, os órgãos jurisdicionais não têm que explicar os motivos pelos quais decidiram dessa ou daquela forma, devendo apenas justificar suas decisões." Em nota de rodapé, os autores distinguem justificativas de razões explicativas.

[13] Segundo o autor (ALEXY, 2001, p. 531), Stevenson propõe uma teoria da argumentação moral partindo do pressuposto de que as relações entre as razões e a afirmação normativa não são relações lógicas, mas apenas psicológicas.

puderem validamente governar o discurso moral.

Para outros teóricos da argumentação jurídica, o intérprete tem que fazer escolhas nos casos difíceis, devendo preferir a que lhe pareça mais justa e aceitável. Falam, pois, que, quando há um juízo genuinamente valorativo, não há outro remédio senão fazer uma escolha, ou seja, um juízo que exprime uma preferência do julgador (ATIENZA, 2003, p. 74). Nesse ponto, concordo com a visão desses autores, desde que se considere que essa escolha vai refletir as opiniões pessoais do juiz sobre a justiça, a moral, a ética e a equidade e a teoria da argumentação jurídica deve-se preocupar também em identificar esses elementos valorativos, para que o *judicial review* seja feito também sobre tais elementos.

Há ainda quem defenda que a interpretação das cláusulas abstratas deve ser feita com base em princípios morais, porque tais cláusulas estipulam princípios morais que devem ser limitados por um sentimento geral de coerência e integridade com as decisões judiciais e a tradição política do passado (DWORKIN, 2009). Não discordo desse pensamento, pois afirmar o contrário seria admitir a arbitrariedade, mas é necessário considerar que há juízos de valor influenciados por sentimentos que integram o raciocínio judicial e que esses juízos devem ser submetidos ao amplo controle, rompendo-se com a secular tradição de fingirmos que o direito é exclusivamente racional e que a emoção e as convicções pessoais do julgador tirariam do direito o caráter de ciência. O juiz Hércules, portanto, tem sentimentos e, quando esses sentimentos forem o propulsor de determinada decisão, é preciso explicitá-los.

Não pretendo ser arquimediana (Idem, 1996, p. 87-139) ao ponto de acreditar que as decisões judiciais são fruto de meros movimentos em um jogo de linguagem, ou que decorrem apenas e exclusivamente de fatores emocionais, mas sim que é cético aquele que acredita que existe uma racionalidade pura, desprovida de valores que representam reflexos de crenças, convicções e emoções. Não acredito em uma indeterminação global da moral ou da ética, mas tampouco acredito em uma determinação exata, com resultados quase matemáticos, como sugere o princípio da proporcionalidade, pois a razão é indissociável da emoção.

A impossibilidade de separação entre razão e emoção é neurologicamente comprovada, inclusive havendo relatos históricos de paciente que teve uma doença neurológica que afetou a parte do cérebro responsável pelo domínio da emoção e que, apesar de continuar com a área do cérebro responsável pela razão intacta, ficou sequelado em relação à capacidade de tomada de decisões. Isso ocorre porque, na realidade, a razão humana não depende de um único centro cerebral, mas sim de vários sistemas cerebrais, os quais funcionam de forma articulada, não havendo, cientificamente falando, como se separar de forma absoluta os domínios da razão e da emoção (DAMÁSIO, 1996, p. 13).

Se a razão depende da área cerebral que é responsável pela emoção, é preciso tirar o véu da racionalidade das decisões judiciais, partindo-se então da premissa de que as emoções estão presentes e que, dessa forma, fazendo elas parte do processo racional, devem-se submeter à argumentação jurídica e ao controle. Precisamos aprofundar o estudo, portanto, não somente no *love's knowledge* – conhecimento do amor, mas no conhecimento sobre o amor ou, melhor ainda, sobre todas as emoções.

E isso, com efeito, não pode ser considerado uma novidade na ciência do direito. Na realidade, há muito a emoção é levada em consideração pelos juízes criminais, à guisa de exemplo. Desta feita, quando se analisa a existência ou não da excludente da antijuridicidade da legítima defesa, é preciso que o juiz perquira se a agressão foi injusta, ou seja, se extrapolou os limites do razoável, considerando-se o conhecido

homem médio de prudência e discernimento, conceitos estes que somente podem ser alcançados mediante uma valoração que leva em conta as emoções.

Considerando então o conteúdo das teorias da argumentação jurídica e do *love's knowledge* e da necessidade de intercalar esses dois estudos, passo a analisar o caso da anencefalia e, em seguida, algumas decisões judiciais sobre o tema que comprovam a hipótese ora apresentada. Para tanto, é preciso antes analisar, dada a interdisciplinariedade do tema, a anencefalia como fenômeno médico-biológico.

6. A anencefalia

A anencefalia é uma alteração na formação do cérebro do feto resultante da falha, nas primeiras etapas do desenvolvimento embrionário, do mecanismo de fechamento do tubo neural (HERRERO, 2005). Em termos médicos, a anencefalia comporta um defeito do tubo neural caracterizado pela ausência completa ou parcial do cérebro, das meninges, do crânio e da pele. Pode ser dividida em holocrania e merocrania. A ausência de toda a calota craniana caracteriza a holocrania e a parcial, a merocrania. Trata-se de uma má-formação letal (MORON, 2003, p. 173).

A enfermidade é caracterizada pela falta de ossos cranianos, hemisférios e córtex cerebral e é letal em cem por cento dos casos. A maior parte dos fetos anencéfalos morre ainda no ventre materno, alguns vivem poucas horas após o parto, no máximo alguns dias. A morte, portanto, não é um evento, é uma certeza inafastável. Os casos em que os bebês vivem meses não são de anencefalia, mas de outras anomalias com definição científica diversa. Visualmente, o bebê nasce sem o cérebro, com os olhos saltados para fora, motivo pelo qual alguns afirmam que o bebê anencéfalo assemelha-se a uma rã.

A má-formação faz com que o sistema nervoso do bebê não se forme e, em consequência, inviabiliza-se a vida extrauterina. O Brasil é o quarto país em índice de anencefalia, segundo fontes da Organização Mundial de Saúde (CARVALHO, 2006, p. 69), dado que pode ser influenciado pelo fato de não haver, na legislação brasileira, um dispositivo claro autorizando o aborto em tais circunstâncias, como ocorre em outros ordenamentos. O diagnóstico pré-natal de anomalias fetais foi um avanço da Medicina iniciado na década de 50 nos países desenvolvidos. No entanto, em nosso país, somente em 1979 (MEZIARA, 2008) as técnicas de diagnósticos pré-natais se iniciaram, passando-se a ser possível, só então, o diagnóstico seguro da anencefalia, de forma que o debate sobre a tipicidade da antecipação do parto do feto anencéfalo, no Brasil, não é antiga.

No Brasil, o aborto é, em regra, crime. O Código Penal excepciona apenas duas hipóteses: gravidez decorrente de estupro (aborto humanitário) e risco de vida à gestante (aborto necessário), desde que não haja outro meio de salvá-la. O caso da anencefalia não está expressamente previsto na legislação respectiva, quer como crime, quer como permissivo legal, até porque, quando da elaboração do diploma normativo, a medicina não dispunha dos meios diagnósticos que hoje existem para a comprovação, com absoluta segurança, da gestação de feto anencéfalo. Crescem, diuturnamente, as demandas judiciais versando sobre autorização para antecipação do parto do feto anencéfalo e as decisões têm sido contraditórias, não só no Brasil.

Certos autores defendem o aborto e classificam as teses contrárias a tal prática em *derivativas*, que seriam aquelas que pressupõem direitos e interesses que os fetos teriam desde a concepção, e *independentes*, que seriam as teses para as quais a vida humana tem um valor intrínseco, independentemente de qualquer interesse ou direito particular. Em seguida, o autor procura destruir as duas teses, afirmando que a segunda delas tem uma natureza

quase religiosa e a primeira parte de uma premissa errada, pois não se trata de saber quando começa a vida humana, mas sim de saber se o feto tem interesse próprio. Afirma o autor (DWORKIN, 2009, p. 13, 19, 21, 22) que o feto não tem interesse próprio, pois essa noção é ínsita à consciência e, portanto, à viabilidade, as quais somente ocorrem por volta da vigésima sexta semana de gravidez.

Esse argumento pode ser considerado um avanço no debate sobre o aborto do feto anencéfalo, que não tem e não virá jamais a ter consciência e, portanto, não há interesse a tutelar. Todavia, apesar de todo o seu esforço, o argumento foge da discussão sobre o direito à vida[14], ainda que seja uma vida sem consciência[15]. Não é somente a vida viável que se busca proteger. Com efeito, o direito tem protegido a vida de animais, de plantas e pode legitimamente proteger uma vida, ainda que desprovida de interesse por não poder ser considerada humana.

Esse interesse a tutelar o direito à vida não precisa ser necessariamente do feto, pode ser do Estado, da coletividade, pois o direito avançou a tal ponto que o titular do direito não é necessariamente o detentor do interesse. Essa discussão é negligenciada ao se afirmar que as questões centrais sobre o aborto são: "quando uma criatura humana adquire interesses e direitos? Quando a vida de uma criatura humana começa a incorporar um valor intrínseco, e com quais conseqüências?" (Idem, p. 29). É possível deslocar o debate para esse ponto de vista, mas também é possível se argumentar que independentemente do interesse e das consequências, a vida deve ser tutelada, por exemplo, porque é um patrimônio comum da humanidade. E então, novamente, encontramo-nos diante de um dilema sem solução.

7. Análise de decisões sobre a antecipação do parto do feto anencéfalo

Para a comprovação de que as decisões acerca da autorização da antecipação do parto do feto anencéfalo envolvem não apenas aspectos racionais do discurso jurídico, mas são marcadas fortemente também por fatores emocionais do julgador, especialmente fatores relacionados às convicções pessoais e religiosas, analisar-se-ão algumas decisões judiciais que tiveram grande repercussão na doutrina.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais autorizou a interrupção da gestação da requerente Maria Aparecida da Silva, em virtude de diagnóstico de anencefalia fetal. O Ministério Público interpôs recurso de apelação, defendendo a necessidade da interrupção da gestação. As alegações versavam, em suma, sobre a impossibilidade de sobrevivência extrauterina e sobre a potencial lesão à saúde física e mental da gestante. O Tribunal reformou a decisão considerando especialmente a necessidade de observância da dignidade da gestante, a qual teria direito líquido e certo ao aborto. Colhe-se do voto vencedor, do revisor Desembargador Lucas Pereira:

> "... o Direito não se resume nem se esgota na letra da lei, tampouco deve se estagnar no tempo, inerte e alheio às evoluções sociais. Nesse sentido, reputo razoável o entendimento de que, caso existissem tamanhas possibilidades por ocasião da elaboração do Código Penal, tal diploma

[14] Biologicamente, o anencéfalo é um ser vivo até que seja declarado morto, é considerado pessoa ainda que viva pouquíssimos minutos após nascer, tanto que é necessário, após seu nascimento, seu registro de nascimento e óbito, apesar de haver uma corrente, tanto médica quanto jurídica que afirma que, como o conceito de morte em termos médicos é o de morte cerebral e o feto não tem cérebro, ele não chegaria a alcançar vida humana. Nesse sentido, Reagan (1995, p. 398-400).

[15] Há autores ainda que defendem que, embora tenha vida, o anencéfalo não pode ser considerado um ser humano porque não tem memórias do tipo B, como, por exemplo, pensamentos, opiniões, atitudes ou qualquer outro tipo de atributo relacionado à vida mental, embora não se possa considerar que o anencéfalo esteja morto. Assim, não seriam pessoas. Nesse sentido, Serafini (1993, p. 187).

também isentasse de pena o chamado 'aborto eugênico' (ou eugenésico), como é conhecida a interrupção da gestação na hipótese vertente. Assim, considero viável e oportuna uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, da Lei Penal, admitindo o aborto no caso dos autos, como meio necessário à preservação da saúde, não só física como psíquica, da gestante. Com a devida vênia dos que endossam entendimento contrário, considero que a requerente possui direito líquido, certo e até natural, ao aborto em decorrência de máformação congênita do feto (anencefalia), evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, considerando que os pais já sabem que o filho não tem qualquer possibilidade de vida 'extra-uterina'. Por tais razões, entendo que o indeferimento da pretensão formulada equivaleria a impor à requerente, de forma desnecessária e cruel, um árduo sofrimento. (...) o fato de não haver previsão legal para a concessão do aborto em casos de anencefalia não impede que o Judiciário autorize a interrupção da gravidez, porque aí deve ser levada em consideração, também, a dignidade humana..." (MINAS GERAIS..., 2005).

Três equívocos podem ser apontados na decisão acima colacionada. Em primeiro lugar, não é dado ao juiz prever que, caso houvesse recursos médicos necessários na época da elaboração do Código Penal, o legislador teria optado por não incriminar a antecipação do feto anencéfalo. Falta legitimidade ao julgador para tanto. Ora, se concordássemos com Jürgen Habermas quanto ao fato de que, quando o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deveria decidir conforme o seu próprio arbítrio, tomando as decisões conforme suas preferências pessoais e padrões morais, deveríamos também concordar com sua conclusão, no sentido de que essas decisões não mais estariam cobertas pela autoridade do direito (HABERMAS, 1997, p. 251-252) e não é essa conclusão a que se pretende chegar.

Além disso, não há qualquer direito líquido, certo e natural à antecipação do parto. O conceito de direito líquido e certo é de cunho processual, relaciona-se à possibilidade de comprovação de forma inconstestável, em regra de forma documental, dos fatos no processo (BARBI, 2009, p. 85), o que não ocorre com a antecipação do parto do feto anencéfalo, pois não há como se comprovar documentalmente o direito ao aborto, mas somente a anencefalia. Por outro lado, nada mais equivocado do que falar em um direito natural à antecipação do parto, pois direito natural, segundo o clássico conceito de jusnaturalismo, seria aquele existente antes até mesmo da criação do Estado (FREITAS FILHO, 2003, p. 83), o que guarda profunda incoerência com a frase anterior do mesmo decisor, no sentido de que, se houvesse o atual avanço da medicina quando da elaboração do Código Penal, certamente o legislador não teria proibido a antecipação do parto do feto anencéfalo.

E, por fim, a utilização da dignidade da pessoa humana, no caso concreto, é completamente descabida. Para o relator, a ofensa à dignidade da gestante decorreria do sofrimento árduo, desnecessário e cruel de estar grávida de um feto anencéfalo. Para Kant, a dignidade humana é uma noção estritamente vinculada à de autonomia, a qual é uma característica intrínseca ao agente racional. Em suas palavras, "a autonomia é, portanto, o solo indispensável da dignidade da natureza humana ou de qualquer natureza racional" e "o homem existe como fim em si mesmo, nunca como meio para realização das vontades" (KANT, 2003, p. 70). Logo, não seria a gestação uma afronta à dignidade da pessoa humana, em face do sofrimento de carregar no ventre um feto

anencéfalo, pois a gestação, ao menos em princípio assim se pode supor, decorreu de um ato voluntário da mulher, de forma que não se pode afirmar que a mulher, nesse caso, estaria sendo tratada como meio e não como fim; pelo contrário, a gestação é o fim de sua própria vontade.

Ao revés, o dilema moral subjacente não foi enfrentado pelo julgador. Entre os casos evidentes e os *hard cases*, há um espaço no qual devem ser explorados profundamente os argumentos que efetivamente motivam as decisões e esses argumentos somente podem ser explorados com a fundamentação precisa e honesta. Segundo Neil MacCormick (2006, p. 259), até mesmo o temperamento de juízes diferentes deve ser analisado para se explorar os motivos para a imprecisão.

Uma segunda decisão a se analisar é a proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual a antecipação do parto, autorizada pelo tribunal *a quo*, foi desautorizada. No caso, o remédio constitucional foi impetrado pelo pai LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ, em favor de NASCITURO, que se encontra no útero da mãe, G.O.C., contra decisão que havia deferido a antecipação do parto. A Defensoria Pública, patrocinando os interesses da gestante, havia ingressado com ação para interromper a gravidez do feto anencéfalo. O juiz de primeira instância indeferiu o pedido, em decisão simplória, argumentando que o Código Penal não previa a situação em comento como hipótese permissiva da realização do aborto legal. Em seguida, em segunda instância, o Tribunal do Estado autorizou a antecipação do parto e houve então a interposição do *habeas corpus* para o Superior Tribunal de Justiça. A relatora, Min. Laurita Vaz, decidiu nos seguintes termos:

> "O tema em debate é bastante controverso, porque envolve sentimentos diretamente vinculados a convicções religiosas, filosóficas e morais. Advirta-se, desde logo, que, independente de convicções subjetivas pessoais, o que cabe a este Superior Tribunal de Justiça é o exame da matéria posta em discussão tão-somente sob o enfoque jurídico. Isso porque o certo ou o errado, o moral ou imoral, o humano ou desumano, enfim, o justo ou o injusto, em se tratando de atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, são aferíveis a partir do que suas Leis estabelecem.
> ...
> Contudo, é fato inarredável que a situação posta nos autos não está expressa na Lei Penal deste País como hipótese em que o aborto é autorizado. É certo que o trabalho do jurista, mormente o do Magistrado, não deve ficar engessado nas letras frias da Lei. Espera-se mesmo que o Juiz não seja um mero expectador das mudanças da vida cotidiana, mas, sim, um efetivo membro da sociedade, apto a exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, sempre buscando uma exegese consentânea com a realidade em que vive. Não se pode olvidar, entretanto, que há de se erigir limites. E estes hão de ser encontrados na própria Lei, sob pena de se abrir espaço à odiosa arbitrariedade.
> A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.
> Com efeito, o Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta nos autos originários é lamentar a omissão, mas nunca

> exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo Legislador. Deve-se deixar a discussão acerca da correção ou incorreção das normas que devem viger no País para o foro adequado para debate e deliberação sobre o tema, qual seja, o Parlamento" (SUPERIOR..., 2004).

Considerável avanço argumentativo pode ser destacado em relação à decisão antes analisada, ao menos no que tange ao reconhecimento de que o tema envolve sentimentos diretamente vinculados a convicções religiosas, filosóficas e morais. Mas, em seguida, o primeiro equívoco é cometido, ao se afirmar que a discussão deveria ser feita apenas no enfoque jurídico, partindo-se do pressuposto, como se óbvio fosse, de que o direito é avesso à moral. A fundamentação racional não precisa estar desconectada da análise dos sentimentos que permeiam os *hard cases*[16].

Em seguida, a Ministra afirma que a ética deve ser aferida somente da lei, sob pena de arbitrariedade, embora, paradoxalmente, afirme que o juiz não deve ficar engessado "nas letras frias da lei". Afirma, ainda, que os defensores da interrupção da gestação do feto anencéfalo podem, no máximo, lamentar a omissão legislativa pois, tratando-se de tutela do direito à vida, não se pode admitir uma analogia *in malam partem*. Ora, *in malam partem* para quem? Para o feto ou para a gestante? A interpretação do art. 128 do Código Penal proibitiva quanto ao aborto é *in malam partem* para a gestante, enquanto que a interpretação permissiva do aborto é *in malam partem* para o feto. O princípio utilizado como fundamento nada resolve.

De outro lado, a afirmação de que a discussão sobre a correção ou incorreção das normas que devem viger no país deve ser deixada para o foro adequado, qual seja, o parlamento, fulmina o consagrado *checks and balances*, o controle de constitucionalidade e contradiz a tendência mundial do ativismo judicial. A liberdade só pode ser exercida com a diluição de poderes que decorre exatamente do sistema de *checks and balances* (FRIEDMAN, 1962, p. 787). Por outro lado, a diferença entre jurisdição e legislação é especialmente de grau, pois ambas visam a criação do direito[17].

Verifica-se, portanto, que a utilização de princípios e premissas falsas impedem um controle racional do argumento jurídico. Os verdadeiros valores que levaram à tomada da decisão trágica – sentimentos morais, convicções religiosas, ética etc, não são externados e, por isso, não têm como ser controlados. Por que no primeiro caso se entendeu que a liberdade de escolha da gestante deveria prevalecer e, no segundo, que a vida intrauterina deveria sobrepor-se? Nunca se saberá, porque o discurso não foi efetivamente racional, no sentido da ausência completa de fatores emocionais, não houve honestidade e transparência suficiente para embasar um controle pleno da decisão tomada.

[16] A autora (NUSSBAUM, 1995, p. 118), analisando as decisões de dois juízes, conclui que os sentimentos de simpatia e indignação que são expressos são valorosos exatamente porque estão conectados com a boa argumentação jurídica: "In the Carr and Hudson opinions, the sentiments of sympathy and indignation that are expressed are valuable precisely because they are connected to good legal reasoning of a traditional sort and to a solid grãs of the facts".

[17] "Deste ponto de vista, a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de freqüência e quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente mais freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz" (CAPPELLETTI, 1999, p. 26-27).

A terceira decisão foi prolatada, em maioria de votos, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em um mandado de segurança impetrado pela gestante LUCIMAR DA SILVA e seu companheiro IDALINO ALVES DE MATOS contra ato do juiz da 1ª Vara do Tribunal do Júri daquela comarca, que julgara extinto o pedido de autorização de interrupção da gravidez, em razão de o feto ser portador de anencefalia, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que, para a realização de aborto, nos termos do artigo 128, inciso I, do Código Penal, ou para a antecipação de parto, o médico prescinde de autorização judicial.

Os impetrantes argumentaram que a gestante alcançara a vigésima quarta semana da gravidez e que médicos especialistas do Departamento de Obstetrícia da Escola Paulista de Medicina, da Universidade Federal de São Paulo, constataram que o feto apresentava quadro de anencefalia com ausência da formação da calota craniana, cuja anomalia revela situação de incompatibilidade absoluta com a vida extrauterina. Alegaram ter direito líquido e certo à interrupção da gravidez, entre outros motivos, porque a saúde física e psicológica da impetrante deveria ser preservada, superando eventual crime de aborto, considerando que a morte do feto é fato insuperável. Colhe-se do inteiro teor do voto do Relator, Des. Roberto Martins de Souza:

> "Por isso, muito se argumenta sobre eventual direito que a gestante teria em postular a interrupção da gravidez quando ocorresse a comprovação de que o feto estivesse acometido de anencefalia.
>
> Mas a solução, segundo meu modo de ver, não poderia ser resolvida apenas com base no alvedrio da gestante, porquanto existem outros pontos a considerar.
>
> De início, verifica-se que a Carta Magna assegura, entre outros, o direito à vida e desde a concepção, o nascituro é pessoa de direitos e não de mera expectativa, devendo ser protegido pelo Estado. Não se justifica o sacrifício de uma vida sob o fundamento de que é materialmente imperfeito. Será que estaríamos retrocedendo para pretender, como a história atesta, alcançar a uma raça pura?
>
> ...
>
> A deficiência da constituição do feto não pode determinar por si só a interrupção da gravidez na forma pretendida e, se os médicos não entenderam que o pedido da impetrante não poderia ser atendido sem que a pretensão chegasse à barra do Tribunal, então o estado de saúde da parturiente não deve ser tão grave ou que essa gestação acarrete seqüelas de natureza psíquica à impetrante.
>
> Não se ignoram os problemas pelos quais passam os impetrantes, na expectativa do parto, além do sofrimento da mãe, porém, tais vicissitudes precisam ser suportadas porque vinculadas à condição humana" (SÃO PAULO..., 2006).

Os principais sentimentos do relator, que deveriam ser analisados profundamente no estudo da argumentação jurídica, são o medo de uma possível eugenia, quando ele questiona se estaríamos retrocedendo para alcançar uma raça pura, e seu explícito posicionamento no sentido de que o sofrimento a ser suportado pela mãe é vinculado à condição humana. O maior mérito do desembargador relator foi o de considerar e externar em sua decisão que, além dos aspectos jurídicos relevantes, devem ser sopesadas questões morais e dogmas religiosos que precisam ser analisados em um país de maioria católica e cristã e que ainda não se alcançou uma conclusão sobre o tema que atenda os interesses da sociedade da melhor forma possível. Deixou subentendido, portanto, que ele próprio sopesou tais questões morais e dogmas religiosos para decidir.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, houve uma decisão na qual o relator expressamente revelou sua convicção cristã e seus sentimentos pessoais quanto à vida humana. Embora essa decisão tenha sido muito criticada[18], viabilizou não somente o controle da racionalidade por intermédio dos recursos cabíveis, mas a própria crítica doutrinária e quiçá social, ou seja, a racionalidade pública e aberta sobre o discurso proferido. No caso, a ação, objetivando a autorização da antecipação do parto, havia sido proposta pelo Ministério Público em prol de Rosely Bittar, então grávida de quatorze semanas de feto portador de anencefalia. Os argumentos centrais foram a ausência total ou parcial do encéfalo que inviabilizaria a vida e o teor da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual o ser proveniente dessa gestação não tem como escapar de uma fatal parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas após o parto. Alegou-se, ainda, atentado à dignidade da gestante. A autorização judicial foi negada em primeira instância. Eis o trecho mais relevante, do voto do Desembargador Nilo Lacerda, relator:

> "A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. Fetos e bebês anencéfalos são seres vivos, são seres humanos: e esta convicção tem inquestionável base científica. Portanto, devem ser respeitados como seres humanos, criaturas do Criador.
> ...
> Além de todo o aspecto legal supra abordado, autorizar a interrupção de uma gravidez, atormentaria a minha convicção Cristã de que a vida vem de Deus e somente Ele tem o poder de dela dispor" (MINAS GERAIS..., 2006).

O principal equívoco da decisão refere-se ao fato de ter o desembargador ignorado completamente as alegações relativas ao direito da mãe. Verifica-se, no inteiro teor da decisão, que o julgador fez um amplo exercício retórico, mas somente no sentido pejorativo do termo, utilizando apenas as teses religiosas e emocionais relativas ao direito à vida para falar reiteradamente sobre a proteção dos interesses e direitos do feto, omitindo-se completamente quanto à possibilidade de risco à vida e saúde da gestante, ao peso que ela enfrentara ao gestar um feto inviável, aos danos psicológicos que poderiam advir etc.

Não obstante, a decisão permitiu uma fácil impugnação não somente pela omissão quanto aos direitos da mãe, mas também quanto à base científica mencionada pelo desembargador, quanto à laicidade do Estado, quanto à condição de ser humano de uma pessoa sem cérebro. Em outras palavras: o recurso às convicções pessoais ampliou a possibilidade de debate jurídico sobre o tema, demonstrou honestidade do julgador, porque qualquer pessoa que se proponha a analisar a decisão sabe exatamente quais os reais fatores que o levaram a tomar a decisão no sentido do impedimento da antecipação do parto.

Talvez pela tradição jurídica de que os juízes não devem expor as emoções e convicções pessoais, ao fazê-lo, o relator acabou por ignorar o discurso racional em sua plenitude. Como visto alhures, o discurso racional, para ser válido, pressupõe um equilíbrio reflexivo, no qual é possível a utilização das emoções e convicções, mas sem se olvidar de analisar racionalmente todas as teses colocadas à apreciação do poder judiciário pelas partes litigantes.

[18] As autoras (DINIZ; VÉLEZ, 2008) são firmes na crítica às decisões que invocam fatores religiosos, afirmando: "Isso significa que um juiz da Suprema Corte não pode ocupar o mesmo papel político que um parlamentar ao propor um projeto de lei sobre aborto no País: a razão pública e o compromisso com a laicidade são guias para o raciocínio moral e jurídico de um juiz, ao passo que muitas vezes não o é para um parlamentar".

Sem sair da religião, é válido lembrar o argumento do utilitarista Stuart Mill (1968, p. 16), para quem, na regra de ouro de Jesus de Nazaré, há o espírito completo da ética da utilidade, ou seja: fazer aos outros como quiser que façam com você e amar o próximo como a si mesmo seriam o núcleo ideal da moralidade utilitária. Ocorre que, no caso do feto anencéfalo, o próximo é tanto a gestante quanto o feto e não há padrão de moralidade que ofereça uma única resposta correta ao magistrado. Portanto, qualquer decisão tomada pode ser tida como correta, à luz do vácuo legislativo, mas deve ser controlável, o que só é possível com a completa exposição dos fundamentos que levaram o juiz a decidir.

8. Conclusão

O aborto do feto anencéfalo, assim como outros temas tormentosos como a eutanásia e a clonagem de seres humanos, reflete uma discussão profunda, cujo caráter moral não pode ser alcançado por um consenso, talvez porque esses temas envolvam uma questão metafísica (RIBEIRO, 2008) – início e fim da vida humana –, cujos conceitos, embora possam ser científicos, também possuem forte conteúdo religioso e cultural. Dessa forma, é ingênuo, na melhor das hipóteses, pensar em analisar racionalmente as decisões judiciais a respeito do aborto do feto anencéfalo sem um criterioso estudo das emoções subjacentes que levaram à tomada da decisão.

No entanto, o que se verifica é que relutamos em admitir que há sensibilidades morais do julgador que devem ser desenvolvidas, formadas, estudadas e passíveis de controle racional, posto que influenciam o processo de tomada de decisão. Ignora-se o estudo das emoções, como se elas não fossem levadas em consideração pelo julgador mas, na prática, o que se vê é exatamente o oposto. É preciso, portanto, parar de negligenciar, de forma hipócrita e cínica, o "desenvolvimento das capacidades adjetivas subjacentes" (KUMLICKA, 2006 p. 344) ao senso de justiça que é necessário à atividade judicante. E esse processo deve ser duplo: realizado tanto pelos julgadores, que não devem temer em colocar no papel os fundamentos emotivos de suas decisões, como pelos aplicadores do direito, que devem analisar a influência das convicções do julgador no processo de tomada de decisão.

A maior parte dos textos que abordam a teoria da argumentação jurídica esquecem-se que mencionada teoria não ajuda a descobrir a resposta correta quando não há dispositivo legal a ser aplicado. Nesses casos, o juízes ainda precisam recorrer a questões de moralidade para decidirem os casos que lhe são postos. Uma teoria completa da argumentação jurídica deve ser capaz de explicar a validade dessa consideração também. A intenção não é defender a redução de todos os princípios morais à simpatia, como defendia Adam Smith (2002, p. 8) em sua Teoria dos Sentimentos Morais, mas sim defender-se que a análise das emoções não pode ser descartada, já que não há uma única decisão correta, mas apenas uma busca por uma decisão justa e, para a tomada de uma decisão justa, os sentimentos podem ser utilizados de forma válida.

Pensar que os temas árduos ou *hard cases* simplesmente não possuem resposta certa, ou seja, que há uma indeterminação generalizada em termos das questões jurídicas que envolvem filosofia moral é um passo para o arbítrio, e não é isso que se pretende. Dizer que não há uma única resposta correta, que é o que defendo, não é o mesmo que dizer que *não* há resposta correta. A busca pela correção é intrínseca à atividade discursiva e, em consequência, à atividade de julgar. Mas essa correção somente pode ser medida se houver honestidade quanto aos fundamentos que conduziram à tomada de decisão em um ou noutro sentido.

Minha intenção não é, como os emotivistas (STOCKER, 2002, p. 55), demonstrar que as emoções são constituídas por um conteúdo cognitivo, mas sim que a razão é composta por uma parte emotiva e que, portanto, o estudo racional do direito e a avaliação racional das decisões judiciais não podem olvidar ou negligenciar essa análise, sob pena de não haver uma plena correção do processo de tomada de decisões. Sendo razão e emoção indissociáveis, não se pode pensar em uma teoria da argumentação jurídica completa sem que haja a análise objetiva desses dois fatores. Essa análise deve ser feita por intermédio da biografia do julgador, chegando-se a um perfil do mesmo que possa, às vezes, até mesmo determinar que decisão será tomada, antes de ser prolatada a decisão.

É preciso apagar todo o antagonismo, ainda existente e propalado por muitos, entre o conhecimento sensitivo e o intelectivo ou racional. São eles dois modos complementares para se chegar ao conhecimento total sobre determinado objeto e, do outro lado do processo de tomada de decisões judiciais, para se chegar ao pleno controle das decisões, por intermédio dos ensinamentos da teoria da argumentação jurídica. E tal deve ocorrer porque o próprio conhecimento humano – sensitivo e intelectivo – versa de fato sobre realidades do mundo sensível.

A análise feita, no presente trabalho, sobre algumas decisões acerca de pedidos de autorização judicial para antecipação do parto do feto anencéfalo permitiu verificar que, na prática, os juízes têm decidido esses casos tormentosos com base em ampla carga sentimental, envolvendo convicções pessoais, religiosas etc. Não se pode fugir dessa realidade – a influência dos sentimentos na tomada das decisões judiciais. O que se pode e deve ser feito é analisar, sem hipocrisia, com honestidade, esses fatores subjacentes que levaram à tomada de decisão e, da parte dos juízes, exigir-se a exposição fundamentada, como preceitua a Carta Magna, de todos os reais fatores que influenciaram o julgador a decidir de determinada maneira.

Os bons juízes precisam ter conhecimento técnico legal, conhecimento de história e precedentes e ter uma cautela especial com a imparcialidade. Mas, para ser integralmente racional, os juízes também dever ter capacidades como imaginação, fantasia e simpatia. Devem cuidar não somente de suas capacidades técnicas, mas também de suas capacidades de humanidade. Sem essa capacidade, suas imparcialidades serão obtusas e suas justiças, cegas (NUSSBAUM, 1995, p. 121). O concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira de juiz recentemente incluiu disciplinas chamadas de formação humanística: direitos humanos, filosofia e psicologia jurídica. Já foi um grande passo. É preciso, ainda, insistir na formação afetiva do juiz durante toda a sua carreira e não somente para o ingresso.

Na célebre história bíblica na qual duas mulheres tiveram filhos juntas e um dos filhos morreu, mas ambas alegavam ser mães do bebê vivo, Salomão mandou chamar os guardas e lhes ordenou: "Corte o bebê ao meio e dê um pedaço para cada uma". Falado isso, uma das mães começou a chorar e disse: "Não, eu prefiro ver meu filho nos braços de outra do que morto nos meus". Feito isso, Salomão reconheceu a maternidade dessa mulher, mandando que lhe entregassem o filho. Quem garante, todavia, ter Salomão tomado a decisão correta? Quem pode afirmar que efetivamente a mãe fosse a mulher mais justa? É possível que a verdadeira mãe fosse a outra, mas não tivesse tido a bondade da primeira. Somente um exame de DNA, que não existia na época, garantiria a decisão correta. No entanto, Salomão, decidindo com seu coração, prolatou sua sentença de forma justa com os meios possíveis à época. O sentimento, portanto, é um meio válido e útil no processo de tomada de decisões judiciais e, como tal, deve ser objeto do estudo jurídico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

BORGMANN, Caitlin E. The meaning of 'life': belief and reason in the abortion debate. *Columbia Journal of Gender and Law*, v. 18, n. 2, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1261343>. Acesso em: 30 jul. 2010.

BRAATZ, Tatiani Heckert. É preciso argumentar? Reflexões sobre a argumentação jurídica e a teoria de Manuel Atienza. *Revista Jurídica* − CCJ/FURB, v. 11, n. 21, p. 133-147, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/445/404>. Acesso em: 13 jul. 2010.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.* Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Teresa Robichez de. *A antecipação terapêutica de parto na hipótese de anencefalia fetal*: estudo de casos do Instituto Fernandes Figueira e a interpretação constitucional do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal. 2006. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito)−Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=126556>. Acesso em: 27 jul. 2010.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e cérebro humano.* Tradução de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals.* London: Oxford University Press, 1965.

DINIZ, Débora; VÉLEZ, Ana Cristina G. Aborto na suprema corte: o caso da anencefalia no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 2, n. 16, p. 647-652, maio/ago. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Matins Fontes, 2009.

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

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, New Jersey, v. 25, n. 2, p. 87-139, spring 1996. Disponível em: <http://lucian.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2010.

FRAILE, Guillermo. *Historia de la Filosofía*. Filosofia judía y musulmana. Alta escolástica: dessarrollo y decadencia. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2005.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do Direito e juspositivismo*: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 44, n. 175, p. 41-65, jul./set. 2007.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1990.

GIBBARD, Allan. *Wise choices, apt feelings*. A theory of normative judgment. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARE, R. *Essays on Bioethics*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

HERRERO, Silvina. *Adelantamiento del parto por Anencefalia del feto*. 2005. 28f. Tesinas (Máster em abogacía)-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Belgrano, 2005. Disponível em: <www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/192_herreropdf>. Acesso em: 3 jul. 2010.

HOLMES, Arthur F. *Ethics*: approaching moral decisions. 2. ed. Illinois: IVP Academic, 2007.

KAHN, Paul W. The court, the community and the judicial balance: the jurisprudence of justice powell. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, n. 1, fall 1987. Disponível em: <http://www.jstor.org/pss/796427>. Acesso em: 28 jul. 2010.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MEZIARA, Flávia Corrêa. *Anencefalia*: análise crítica nos âmbitos médico e legal. 2008. Dissertação (Mestrado em Ginecologia e Obstetrícia)−Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MILL, John Stuart. *Utilitarism, liberty, representative government*. Londres: A. D. Lindsay. J. M. Dent and Sons, 1968.

MINAS GERAIS, TJ. Ap. 1.0024.06.199818-3/001(1), Rel. Des. Nilo Lacerda, 2006.

MINAS GERAIS, TJ. Ap. 1.0191.05.007719-4/001(1), Rel. Des. Lucas Pereira, 2005.

MORON, A. *Medicina fetal na prática obstétrica*. São Paulo: Santos Editora, 2003.

Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=116857>. Acesso em: 27 jul. 2010.

NUSSBAUM, Martha. C. *Love's knowledge*: essays on philosophy and literature. Oxford: Oxford University Press, 1990.

_____. C. *Poetic justice*. The literary imagination and public life. Boston: Beacon Press Books, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 1996.

REAGAN, James E. Ethics consultation: anencephaly and organ donation. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, v. 23, n. 4, p. 398-400, dec. 1995. Disponível em: <http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=10&hid=11&sid=5a4f5fbb-4b34-4aaf-9e98-c82088bad4ba%40sessionmgr13>. Acesso em: 27 jul. 2010.

RIBEIRO, Flavia Regina Guedes. *Sentidos da vida na controvérsia moral sobre o abortamento induzido*: o caso da anencefalia. 2008. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp056056.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2010.

RIVADENEIRA, Rodolfo Arango. *Derechos humanos como límite a la democracia*: análisis de la ley e justicia y paz. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2008.

SÃO PAULO, TJ. MS 905.037.3/0-00, Rel. Roberto Martins de Souza, 2006.

SERBENA, Cesar Antonio; GRAZIERO, José Renato. *Lógica deôntica paraconsistente e hard cases*. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_29.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2010.

SERAFINI, Anthony. Is coma morally equivalent to anencephalia? *Ethics & Behavior*, v. 3, n. 2, p. 187-198, 1993.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STOCKER, Michael; HEGEMAN, Elizabeth. *O valor das emoções*. Tradução de Cecília Prada. São Paulo: Palas Athena, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 32159 / RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 2004.

TSAKYRAKIS, Stavros. *Proportionality*: an assault on human rights? In: THE JEAN MONNET PROGRAM. Disponível em: <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/080901.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2010.