XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

BRUNELLO SOUZA STANCIOLI

LETÍCIA ALBUQUERQUE

RIVA SOBRADO DE FREITAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

B615

Biodireito e direitos dos animais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Brunello Souza Stancioli, Letícia Albuquerque, Riva Sobrado De Freitas Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-078-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Biodireito. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS I

Apresentação

O Biodireito tem sido um dos ramos mais proeminentes da Ciência Jurídica atual. Seus primeiros estudos, em âmbito de mestrado e doutorado, deram-se na década de 1990, tratando principalmente sobre relação médico-paciente, eutanásia e tratamentos paliativos. Hoje, são desenvolvidos assuntos bastante diferentes e complexos. Suicídio assistido, aborto, seleção embrionária, inseminação artificial, pesquisas com células-tronco são alguns exemplos. Outro campo de conhecimento que tem ganhado proeminência é o estatuto jurídico dos animais, o qual tem demandado estudos acerca de pesquisas com animais, indústria de cosméticos e alimentos.

Os debates sempre são acirrados, o que, de fato, aconteceu na sessão deste Grupo de Estudos.

Apresenta-se aos leitores uma vasta gama de argumentos que, longe de se encerrarem, consistem em pontos instigantes para grandes trabalhos futuros.

ENTRE O INÍCIO DA VIDA E O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA ENQUANTO PONTOS DE PARTIDA PARA O DEBATE SOBRE O DIREITO AO ABORTO: APROXIMAÇÕES INICIAIS

BETWEEN THE BEGINNING OF LIFE AND THE INTRINSIC VALUE OF HUMAN LIFE AS DEPARTURE POINTS FOR THE DEBATES ABOUT ABORTION RIGHTS: PRELIMINARY APPROACH

André Freire Azevedo

Resumo

O presente trabalho, após uma breve introdução do contexto de investigação jurídico-constitucional em que se insere, tem por objetivo analisar as contribuições de Ronald Dworkin para as discussões políticas e jurídico-constitucionais sobre a problemática que envolve o direito ao aborto. Uma vez que, na esteira de Dworkin, a disputa é compreendida sob a lente de um desentendimento não quanto ao momento de "início da vida", mas quanto à interpretação dada à ideia comum de que a vida humana, em qualquer das suas etapas, possui um valor intrínseco decorrente de investimentos culturais e naturais na sua especificidade, torna-se possível não só encontrar bases comuns para o verdadeiro diálogo de surdos empreendido entre correntes favoráveis e contrárias ao direito ao aborto na esfera pública, mas também superar o antigo debate travado no Direito Civil acerca da personalidade do nascituro. Conclui-se que para discutir a questão sob a perspectiva constitucional é mais produtivo inquirir se e em que sentido a Constituição protege a vida enquanto valor objetivo (ou o valor intrínseco da vida humana, nos termos de Dworkin).

Palavras-chave: Ronald dworkin, Direito ao aborto, Início da vida, Valor intrínseco da vida humana

Abstract/Resumen/Résumé

After a brief introduction about the context of the constitutional investigation of which the present work is part, the present paper aims to analyze Ronald Dworkins contributions for the politic and constitutional debates about abortion rights. Once, with Dworkin, we understand the dispute not as a fight over when is the beginning of life, but as a dispute about the interpretation given to the common idea that human life, in any of its stages, has an intrinsic value originated from the cultural and natural investments on its specificity, it becomes possible not only to find a common ground for the debate held between groups advancing and opposing abortion rights on the public sphere, but also to overcome the old debate held on Civil jurisprudence about the personality of the fetus. We then conclude that in order to discuss abortion rights under the constitutional perspective, it is more productive to ask in what sense does the Constitution protects life as an objective value (or the intrinsic value of human life, on Dworkins terms).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Ronald dworkin, Abortion rights, Beginning of life, Intrinsic value of human life

I – O DIREITO AO ABORTO E SUA REPERCUSSÃO CONSTITUCIONAL: UM TRAJETO DE PESQUISA EM ANDAMENTO

No Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais se desenvolve, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, o Projeto de Pesquisa "Nova História do Processo de Constitucionalização Brasileiro e Teoria Crítica" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012), na linha de pesquisa "História, Poder e Liberdade", no projeto estruturante de pesquisa "Identidade e Reconhecimento" e no Projeto "Identidades, Reconhecimento e Novos Saberes Jurídicos". A contribuição para essa nova história parte do pressuposto de que a constitucionalização pode ser reconstruída como um processo não-linear e descontínuo de lutas por reconhecimento (HONNETH, 2009b)[1] e de aprendizado social com o Direito (HABERMAS, 2001, 2002, 2003, 2011)[2] que se realiza no decorrer da história, sujeito a retrocessos, mas capaz de se autocorrigir.

A tradição da Teoria Crítica adota um criticismo social de caráter reconstrutivo, na medida em que apresenta um tipo de autorreflexão do processo histórico em que as normas ou princípios aos quais a crítica se refere só podem ser aqueles que já estejam, de alguma maneira, presentes e ancorados na própria realidade histórica (HONNETH, 2009c, p. 49). Nesse marco, o projeto de pesquisa mencionado assume uma postura reflexiva sobre o modo com que os princípios, regras e procedimentos que, em sua dinâmica interna, constituem determinada tradição constitucional, se impuseram historicamente como forma de justificação política de ordens jurídicas na modernidade (como seu fundamento de legitimidade), procurando demonstrar que eles estão permanentemente abertos a um redimensionamento, a um futuro insaturável de novas construções jurídicas e políticas. Desde o ponto de vista de processos concretos, a democracia constitucional decorre de um processo de lutas sociais por

[1] Em "Luta Por Reconhecimento" (HONNETH, 2009b), Honneth apresenta sua tese de que a construção da identidade individual é mediada pelo mecanismo do reconhecimento, que se dá nas dimensões do amor, do direito e da solidariedade – não somente pela inclusão econômica; nesse quadro, a ausência de reconhecimento deflagra os conflitos sociais e a luta por reconhecimento é o motor das mudanças na sociedade.

[2] Em "Direito e Democracia: entre facticidade e validade" (HABERMAS, 2003, 2011), Habermas delineia sua teoria discursiva do direito e da democracia; na obra "A Inclusão do Outro" (HABERMAS, 2002), estão presentes importantes reflexões sobre a relação entre o sistema de direitos, as autonomias pública e privada e o pluralismo político no Estado Democrático de Direito; em seu artigo de 2001 (HABERMAS, 2001), Habermas propõe que uma constituição democrática é um projeto político de longo prazo em que distintas gerações se sucedem na tarefa de atualizar o conteúdo normativo insaturável do sistema de direitos previsto nessa Constituição.

reconhecimento, e os direitos podem desdobrar seus significados na medida em que se colocam como objeto de novas lutas políticas e sociais.

No âmbito do projeto de pesquisa mencionado, se desenvolve atualmente a pesquisa, em nível de mestrado, intitulada *"Direito ao aborto e Constituição: Identidade, diferença e jurisdição constitucional"* (AZEVEDO, 2015). A investigação trata, de maneira ampla, o direito ao aborto analisado desde o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição, propondo uma discussão sobre a relação interna entre os discursos e as lutas políticas feministas pelo reconhecimento do aborto legal e seguro no Brasil com o sentido do constitucionalismo – enquanto promessa de reconhecimento de iguais direitos de liberdade e igualdade transformada em substrato de legitimação política do Estado. O trabalho adota uma metodologia reconstrutiva, ancorada na tradição da teoria crítica e feminista, que é essencialmente interdisciplinar – uma vez que reconhece que o sentido dos princípios do constitucionalismo não são derivados de uma filosofia política formulada num plano transcendente e totalmente abstrato, por um sujeito indeterminado, mas são objeto de permanentes disputas hermenêuticas (e, portanto, políticas) quanto ao seu alcance, operacionalidade, significado e repercussões políticas. Nesse sentido, a pesquisa pressupõe que só faz sentido discutir teoria normativa (pesquisar problemas sob o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional e da Teoria Política) caso essas disciplinas estejam abertas a um esforço mais amplo de análise da radicação dos ideais nas bases essencialmente conflitivas do social, através da contribuição de disciplinas como a Sociologia, a Ciência Política e a História.

Para ancorar a pesquisa jurídica sobre direitos fundamentais na própria realidade histórica, é de fundamental importância a metodologia de trabalho proposta por Rosenfeld (2010): entendidos os discursos constitucionais como discursos sobre qual é o sentido e extensão dos direitos fundamentais e humanos que "nós" nos reconhecemos reciprocamente como impositivos para que possamos regular legitimamente nossa convivência por meio do direito, Rosenfeld propõe que determinada identidade constitucional (simultaneamente distinta e dependente das múltiplas identidades individuais e coletivas em que está apoiada) é construída e reconstruída por meio de discursos constitucionais que perpassam três eixos discursivos principais: negação, metáfora e metonímia. O instrumental analítico proposto por Rosenfeld parece extremamente útil porque permite radicar a pesquisa jurídica em direitos fundamentais na análise dos discursos dos próprios participantes da prática interpretativa que é o direito, o que evita que a pesquisa sobre direitos fundamentais seja conduzida numa perspectiva que, típica de uma teoria jurídica especializada em questões normativas, vê um hiato entre um ideal

fixo e de existência autônoma presente nos direitos fundamentais e uma realidade que busca se adequar a esse ideal – como se os direitos fundamentais tivessem uma essência e uma existência autônoma em relação à sociedade que os projeta. Assim, o objetivo da investigação será analisar de que maneira os discursos dos distintos atores envolvidos nas lutas políticas pela ampliação ou pela restrição dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, na medida em que fazem referência a um horizonte comum de direitos fundamentais (à vida, à igualdade, à liberdade, à autonomia, à saúde, à integridade, etc.), disputam um espaço de enunciação sobre a identidade do sujeito do discurso constitucional – verificando, na confrontação desses discursos com uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se há potencial para uma atuação mais ofensiva da jurisdição constitucional no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da aplicação da lei penal a outras modalidades de aborto voluntário – mais além da hipótese já reconhecida pelo Poder Judiciário de inconstitucionalidade da aplicação da lei penal ao aborto voluntário de fetos anencefálicos, na ADPF 54.

Dentre os objetivos específicos da investigação em questão, se destacam o levantamento bibliográfico de pesquisas destinadas a compreender a situação atual do problema do abortamento clandestino e inseguro no Brasil; a compreensão da história das lutas feministas pelo reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil; o levantamento dos discursos dos principais atores políticos envolvidos nas disputas políticas relativas à questão dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil – em especial as relativas ao direito ao aborto; a análise de trabalhos em que são analisadas as experiências de mulheres brasileiras que se submetem a abortos induzidos; a análise, a partir do referencial teórico proposto por Rosenfeld, da maneira pela qual esses discursos disputam um mesmo espaço de enunciação sobre a identidade do sujeito do discurso constitucional; a análise crítica da jurisprudência do STF, baseada no horizonte comum de direitos fundamentais implicados nas disputas políticas relativas ao direito ao aborto; e a análise, a título de conclusão, da aventada possibilidade de atuação mais ou menos ofensiva da jurisdição constitucional no que diz respeito à matéria (AZEVEDO, 2015, p. 17–18).

A pesquisa, desenvolvida atualmente com bolsa CAPES em nível de mestrado, se desenvolveu a partir de estudos preliminares realizados ainda durante o curso de graduação em Direito na Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel. O trabalho, defendido no mês de dezembro de 2013 e aprovado com nota máxima, pretendeu, diante do fenômeno da “filtragem

constitucional", levantar e analisar criticamente algumas das variáveis envolvidas no equacionamento jurídico-constitucional da problemática envolvendo o direito ao aborto, em específico no que diz respeito às suas inescapáveis repercussões jurídico-constitucionais. Em síntese, o trabalho pretendeu estabelecer algumas das bases para acessar a questão da recepção ou não-recepção da criminalização da interrupção voluntária da gravidez pela Constituição promulgada em 1988, ou ao menos quanto à recepção de uma interpretação "ampliada" sobre as hipóteses em que é constitucionalmente cabível a aplicação da norma penal – já num marco posterior à decisão, pelo STF, na ADPF 54, de que a interpretação de acordo com a qual a interrupção voluntária de gravidez em casos de anencefalia fetal é conduta penalmente típica é incompatível com o ordenamento constitucional.

Nesse quadro, o objetivo do trabalho é trazer a lume alguns dos estudos realizados nessa etapa preliminar da pesquisa, já concluída. Em especial, o objeto do presente trabalho será a análise das contribuições de Ronald Dworkin para as discussões jurídico-constitucionais sobre a problemática que envolve o direito ao aborto, que podem ser encontradas de modo condensado em sua obra específica sobre o tema (2009) – o que não afasta a importância de outras de suas obras[3] (DWORKIN, 1999, 2000, 2008, 2010). É necessário ter em mente que Dworkin, enquanto um pensador liberal, tende a incorrer em uma das que, para Honneth é uma das principais limitações da filosofia política atual: a de estar desacoplada de uma análise da sociedade e, dessa forma, operar a partir da fixação de princípios puramente normativos (2014, p. 1), o que ignora que a "textura da justiça"

> consiste em uma classe especial de relações intersubjetivas, nas quais as cidadãs e os cidadãos concedem-se reciprocamente um status normativo que os habilita para determinadas expectativas; é à luz deste tipo de garantia reciprocamente consentida, de poder esperar um do outro uma determinada consideração, que os sujeitos aprendem a experimentar-se como respeitáveis em perspectivas intersubjetivas, para com isso alcançarem a autonomia. Este tipo de relações de reconhecimento (...) trata-se antes de *produtos históricos* que assumiram a forma de práticas institucionais nas quais os sujeitos estão incluídos ou das quais podem ser excluídos (HONNETH, 2009a, p. 361, grifei).

No entanto, ainda que Dworkin seja um pensador liberal, cuja perspectiva normativa não orientou a pesquisa da qual uma parte das conclusões preliminares são agora publicadas, a análise de seus apontamentos sobre o enquadramento jurídico-constitucional da problemática

[3] Em "Is Democracy Posible Here?" (DWORKIN, 2008), o autor introduz sua concepção de dignidade da pessoa humana, que pode ser importante para subsidiar o debate; em "Freedom's Law" (1999), Dworkin também discute a questão do direito ao aborto na perspectiva do direito constitucional estadunidense (DWORKIN, 1999, p. 39–147).

que envolve o direito ao aborto pode ser importante para o adequado tratamento do assunto em bases menos adversariais e mais conciliatórias.

II – O INÍCIO DA VIDA E O VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA NO DEBATE SOBRE O ABORTO: APROXIMAÇÕES INICIAIS

Atento à relevância do debate constitucional sobre o direito ao aborto nos Estados Unidos, o Professor Ronald Dworkin publicou, em 1993, a obra "Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais" (2009). Logo de início, Dworkin aponta o principal óbice a impedir que seja encontrada qualquer solução conciliatória para a controvérsia acerca do direito ao aborto. Para ele, deve ser questionada

> a opinião corrente acerca do caráter da argumentação sobre o aborto – a opinião a respeito do que trata a argumentação –, segundo a qual a questão gira em torno da resposta que se dá a uma pergunta polarizadora: será o feto uma criança indefesa ainda não nascida, com direitos e interesses próprios a partir do momento da concepção? Se a resposta for positiva, permitir o aborto equivale a permitir um assassinato, e abortar é pior do que abandonar à morte um bebê indefeso. Se for negativa, os que se dizem "pró-vida" podem ser vistos a partir de duas perspectivas distintas: ou estão incorrendo em um erro terrível ou são sádicos, puritanos fanáticos, ávidos não por salvar vidas, mas por castigar as mulheres por aquilo que consideram um pecado sexual (DWORKIN, 2009, p. 11).

Analisada a questão sob esse enfoque, de um lado há os que pressupõem que a vida tem início com a concepção, e que, dessa forma, o zigoto já é desde essa fase sujeito de direitos e interesses próprios que devem ser protegidos pelo Estado[4]. Do outro, os que julgam que a vida se inicia com o nascimento, e que, por consequência, não há qualquer razão plausível para que o Estado prive mulheres de dispor livremente de seus próprios corpos, obrigando-as a recorrer a métodos clandestinos e insalubres para o abortamento, em função de razões unicamente morais, impostas no que consubstancia grave opressão de gênero.

O motivo pelo qual o questionamento teórico sobre o momento de início da vida – mais precisamente, nesse caso, sobre o momento em que surgem direitos e interesses autônomos do feto em relação à gestante; o momento em que o feto passa a titularizar a mesma dignidade que é ínsita a todo ser humano – não se presta a atuar como eixo do debate sobre o

[4] Esse é, de modo geral, o posicionamento dos grupos contrários ao direito ao aborto. Na doutrina, podemos encontrar um tal posicionamento em João Baptista Villela (2009) e Maria Helena Diniz (2009), dentre outros.

direito ao aborto é muito simples: qualquer definição sobre qual seja esse momento será, em maior ou menor medida, arbitrária, sem que haja a menor expectativa de consenso entre as partes conflitantes.

Como forma de instrução do processo para julgamento da ADI 3510 – em que se arguiu a inconstitucionalidade do art. 5º da lei de biossegurança, que autoriza o uso de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização in vitro e não utilizadas no procedimento para fins de pesquisa e terapia – o STF convidou 22 especialistas em diversas áreas do conhecimento – com destaque para as ciências biológicas – para que dessem, em audiência pública, seus pareceres sobre o tema "início da vida". Como era de se esperar, esses especialistas divergiram frontalmente sobre qual é esse momento: enquanto para uns a vida começa na fecundação, outros foram categóricos ao defender que a vida começa quando se torna plenamente viável, ou seja, no nascimento com vida. Sequer religiões são uníssonas sobre o tema: enquanto a doutrina católica entende que a vida começa na concepção – ainda que esse posicionamento tenha sido adotado em tempo histórico razoavelmente recente e não seja um dogma da Igreja (CAVALCANTE; BUGLIONE, 2008, p. 123; DWORKIN, 2009, p. 63) –, para os muçulmanos esse momento acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120 dias após a fecundação, ao passo em que, para alguns judeus, o feto só se transforma em ser humano quando nasce.

A Biologia, ciência dedicada ao estudo dos seres vivos, não nos apresenta nem ao menos um único e definitivo conceito de "vida" – quanto menos um consenso quanto ao seu "início". Da perspectiva da biologia molecular, por exemplo, que encara a evolução como um processo de transmissão dos genes mais competitivos para as futuras gerações, a vida é encarada como uma "seleção natural de replicadores ou genes" ou a "realização de um projeto prescrito pela hereditariedade" (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 16). A teoria da autopoiese, por sua vez, identificando a célula como componente fundamental de toda forma de vida possível, definirá a vida como "estado de atividade das células e dos sistemas celulares" (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 18). Contemporaneamente, a biossemiótica considera a interpretação dos signos a propriedade fundamental dos seres vivos. Em estudos acerca da vida artificial surge, por sua vez, um conceito de vida primária que, ao invés de focado em alguma individualidade (célula, organismo, gene), está focado em um sistema que é capaz de adaptação às contingências de um ambiente imprevisível, de forma que a vida existe em diferentes níveis de organização (população, ecossistema e até a biosfera, entendidos todos os ecossistemas em suas múltiplas interações) (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 20–25). A par de todas essas

empreitadas conceituais, persiste um ceticismo entre a maioria dos biólogos quanto à possibilidade de se estabelecer uma definição para o conceito de "vida", havendo inclusive quem aponte para a completa inviabilidade de tal empreitada (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 10).

Atualmente, a biologia e a medicina já descreveram com riqueza de detalhes o que se passa em cada etapa da gestação. Já se sabe que o sistema nervoso surge primitivamente por volta da 2ª semana de gestação, que por volta da 4ª o coração do feto começa a bater, que o sexo pode ser definido por volta da 14ª semana e que, a partir da 24ª semana, o feto tem suas principais conexões nervosas estabelecidas, embora não se possa afirmar que desde então seja capaz de sentir dor. A questão que se coloca é: o que é possível concluir tão somente a partir desses dados? Escolher qualquer das etapas da gestação como a fronteira em que o feto passa a ser considerado um ser dotado de direitos e interesses autônomos e titular da mesma dignidade intrínseca às demais pessoas não é uma decisão técnica, passível de ser tomada com tão somente o subsídio das informações fornecidas pela biologia. É uma decisão que dependerá também de outros critérios, como morais, éticos, religiosos e espirituais, alguns dos quais extremamente relativos.

Quando a discussão sobre o aborto é colocada como uma discussão acerca de qual é o momento de início da vida, não há nenhuma perspectiva de solução conciliatória. Conforme aponta Ronald Dworkin,

> enquanto o debate for colocado nesses termos polarizadores, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que, nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém-fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar – não há nenhum fato biológico à espera de ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas, (...) e se a divergência for realmente tão forte, não poderá haver nenhuma transigência baseada em princípios; na melhor das hipóteses, haverá apenas um frágil e melindroso empate, definido pelo puro poder político (DWORKIN, 2009, p. 12).

Para tentar, nesse contexto, encontrar um possível enquadramento mais conciliatório sobre o assunto, Dworkin diferencia dois tipos distintos de objeções ao aborto. Por um lado, é possível afirmar que os fetos são criaturas com interesses próprios desde a concepção – incluído o interesse de permanecer vivo –, de forma que o aborto violaria o direito de alguém a não ser

morto. Por outro lado, é possível afirmar que a vida humana é sagrada em si mesma, tem um valor intrínseco e inato, ainda que antes que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios; o aborto seria então errado em princípio porque insulta esse valor intrínseco da vida, mesmo que não viole nenhum direito ou interesse particular. A primeira seria uma objeção *derivativa* ao aborto, pois pressupõe que o feto tem, desde a concepção, direitos e interesses próprios. A segunda seria uma objeção *independente*, por não partir desses pressupostos (2009, p. 13).

Para Dworkin, é muito difícil conferir sentido à ideia de que o feto tem interesses próprios desde o momento da concepção, por diversas razões. Inicialmente porque, ainda que o feto represente um ser vivo com código genético autônomo que incorpora o valor intrínseco da vida humana, daí não decorre que o feto tenha *interesse* em não ser destruído. Nem tudo o que tem valor e pode ser destruído tem interesse em não o ser: mesmo que depredar uma bela escultura seja um insulto ao valor intrínseco que ela incorpora e um insulto aos interesses daqueles que se comprazem em admirá-la, isso não é um ato injusto *para com a escultura* (DWORKIN, 2009, p. 19). De acordo com Dworkin, "não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios – não obstante ser importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física" (2009, p. 21).

Para o autor, é natural que as criaturas capazes de sentir dor têm interesse em evitá-la. Dessa forma, infligir dor a um feto que já possui um sistema nervoso suficientemente desenvolvido contraria seus interesses. O feto, contudo, só tem consciência da dor quando a gravidez já se encontra em estado avançado – momento em que em quase nenhum país do mundo é permitida a realização do aborto –; antes disso seu cérebro não está suficientemente desenvolvido para tanto. Estudos que levam em consideração o estabelecimento de uma conexão entre o tálamo do feto e seu neocórtex ainda em desenvolvimento, bem como a mudança nos padrões elétricos observados no cérebro dos fetos através de eletroencefalogramas levam pesquisadores a sugerir que um substrato neural adequado para a sensação de dor só vai existir por volta do sétimo mês de gravidez, no período em que os fetos prematuramente nascidos tornam-se viáveis mediante o recurso de suporte vital, entre a vigésima oitava e a trigésima semana de gestação (BENATAR; BENATAR, 2001; LEE SJ et al., 2005).

Embora a esse ponto pareça claro, para o autor, que não faz sentido pressupor que um feto imaturo possa ter interesses *próprios*, Dworkin aponta que essa questão é frequentemente negligenciada porque as pessoas equivocadamente assumem um argumento contrário: "é de

grande importância para meus interesses que eu esteja vivo agora, e que eu não tenha sido morto em algum momento do passado. Assim, quando eu era um feto recém-concebido, deve ter sido conveniente aos meus interesses o fato de não me terem abortado" (2009, p. 24). Quanto a esta objeção, Dworkin aponta que é claro que, uma vez que uma criatura com interesses exista, algum fato ocorrido no passado poderia comprometer esses interesses; é necessário notar, contudo, que daí não decorre que o aborto contrarie os interesses de uma pessoa concreta que deixa de vir ao mundo, simplesmente porque não chega a existir, em nenhum momento, essa pessoa, esse sujeito cujos interesses teriam sido prejudicados pelo aborto. Uma vez que alguém existe, é do seu interesse o fato de que seus pais não faleceram antes da sua concepção. Houvessem falecido, contudo, não seria possível afirmar que seus interesses teriam sido violados, pois essa pessoa jamais teria existido enquanto sujeito capaz de interesses em primeiro lugar. Assim, "o problema de o aborto contrariar ou não os interesses de um feto deve depender da questão de saber se o próprio feto tem interesses no momento em que se faz o aborto, e não se tais interesses irão desenvolver-se caso o aborto não seja feito" (DWORKIN, 2009, p. 25).

Paralelamente à dificuldade em emprestar sentido à ideia de que o feto possa ter interesses próprios durante os estágios iniciais da gestação, Dworkin demonstra que nem mesmo as pessoas conservadoras sobre a questão do aborto em regra partem de objeções *derivativas* à prática – objeções que partem da pressuposição de o aborto viole os direitos e interesses de alguém a não ser morto. Mesmo pessoas contrárias à prática do aborto em geral admitem exceções, quando a gravidez coloca em risco a saúde da mãe ou quando decorrente de estupro, por exemplo. São convicções incompatíveis com a ideia de que o feto é uma pessoa, um sujeito com interesses desde o momento da concepção. Poucos realmente acreditam que seja aceitável matar uma pessoa para salvar a vida de outra, e se o feto fosse pessoa seria ainda mais inaceitável matá-lo em decorrência de um crime em relação ao qual é totalmente inocente (DWORKIN, 2009, p. 44).

As opiniões liberais sobre a questão, por outro lado, tampouco estão baseadas na mera negação absoluta da pessoalidade do feto: elas em geral pressupõem que outro valor importante está em jogo. Aqueles que defendem o direito ao aborto não encaram o procedimento como se fosse um método contraceptivo, mas entendem que há uma questão moralmente problemática subjacente; ainda que encarem o aborto como moralmente justificável em determinados casos, poucos se comprazem com a realização de um aborto por motivos fúteis ou banais.

A partir dessas colocações, Dworkin propõe um enfoque que, segundo ele, verdadeiramente sintetiza as divergências em torno da polêmica questão do aborto – que seriam

divergências bem menos polarizadas sobre o modo de respeitar uma ideia fundamental que quase todos compartilhamos de alguma forma (2009, p. 15). Para o autor, independentemente de considerações sobre a ausência ou existência de direitos e interesses do feto, as pessoas que têm opiniões fortes sobre o aborto, em geral, acreditam, "ao menos intuitivamente, que a vida de um organismo humano tem valor intrínseco seja qual for a forma que assuma, inclusive a forma totalmente incipiente de um embrião recém-implantado" (DWORKIN, 2009, p. 96). Para ele, uma coisa é intrinsecamente valiosa quando seu valor é independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas (DWORKIN, 2009, p. 99). A vida é intrinsecamente valiosa em função do modo com que vem a existir. Para Dworkin,

> a vida de um único organismo exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor, e, por último, quando a vida mental iniciar-se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual uma pessoa irá fazer-se e refazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa e inevitável fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador. O horror que sentimos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete em nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito (2009, pp. 116-117).

Em síntese,

> Dworkin afirma que em torno da sacralidade da vida humana se formou uma espécie de crença, que vai além de uma concepção teísta, mas se estende por toda uma sociedade secularizada, o que leva o autor a utilizar os termos "santidade", "sacralidade" e "inviolabilidade" como sinônimos. A aceitação da sacralidade da vida humana em meio à sociedade assumiu uma estrutura semelhante à de uma crença religiosa defendida por todos, mesmo pelos que não são partidários de uma doutrina teísta. Em outros termos, ainda que o termo "sagrado" não esteja necessariamente vinculado a uma concepção religiosa acerca da origem da vida – e aqui Dworkin utiliza o termo religioso no sentido estrito, enquanto algo que designa uma doutrina teísta –, a concepção da sacralidade da vida humana constitui uma crença religiosa por seu conteúdo, isto é, pelo reconhecimento de um processo histórico de evolução secular que torna a vida humana sagrada (KUHNEN, 2010, p. 51).

Para demonstrar como essa compreensão do caráter sagrado da vida humana permite explicar as atitudes opostas diante do aborto, Dworkin lembra que, em geral, para conservadores e liberais, ainda que o aborto seja sempre moralmente problemático, é considerado pior em algumas situações do que em outras. Mas qual seria a medida utilizada para esse tipo de juízo de valor quanto à métrica do desrespeito ao valor intrínseco da vida?

A resposta mediante a qual a o quanto foi desperdiçado por uma morte prematura corresponde ao cálculo de quanto tempo mais poderia ter durado essa vida é logo descartada. Se a perda de vida fosse medida em termos cronológicos, um aborto na fase inicial da gestação seria um insulto ainda pior à santidade da vida do que um aborto tardio, embora saibamos que, em geral, o aborto é considerado tão moralmente mais problemático quanto mais avançada esteja a gravidez. É terrível a morte de um bebê, mas para a maioria das pessoas é muito mais terrível a morte de um adolescente, o que indica que há outros aspectos em questão (DWORKIN, 2009, p. 120). O modo com que encaramos o valor da vida humana, além disso, não é incremental: "o traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de o sagrado ser intrinsecamente valioso porque – e, portanto, apenas quando – existe. É inviolável pelo que representa ou incorpora." (DWORKIN, 2009, p. 102). A vida não é como o conhecimento, que é algo que queremos mais, não importa quanto já temos: não é importante que existam tanto mais pessoas quanto possível; uma vez que uma vida humana tenha se iniciado, contudo, é muito importante que floresça e não se perca.

Para Dworkin, a concepção de perda simples, de simples de desperdício da vida, é insuficiente porque se concentra apenas em possibilidades futuras, ignorando que a perda de vida é comumente maior e mais trágica devido ao que já aconteceu no passado. O modo com que encaramos o desrespeito ao valor intrínseco da vida humana pode, nesse sentido, ser muito mais bem explicado a partir da noção de *frustração*. Quando a progressão "normal" de uma vida é interrompida pela morte, ocorre o desperdício de investimentos criativos naturais e humanos realizados naquela vida. A frustração é maior quando a morte ocorre depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido (DWORKIN, 2009, pp. 122-123).

Analisada quanto à questão do aborto, essa ideia explica por que em geral as pessoas consideram que o aborto não é apenas emocionalmente mais difícil, mas moralmente mais condenável quanto mais tarde for praticado. Isso não se explica pelo fato de que em determinado momento da gestação o feto adquire a capacidade de sentir: considera-se em geral que o aborto é mais condenável a partir do quarto mês de gestação – momento próximo ao qual a legislação de vários países, como a França, estabelece o limite para a prática lícita do aborto (SARMENTO, 2005, p. 49–50), muito antes da aquisição de qualquer sensibilidade por parte do feto. O que ocorre é que o desenvolvimento fetal é um processo de criação contínuo, que mal começou no instante da fecundação. Ao passo em que o feto se desenvolve, o investimento

natural que o aborto poria a perder torna-se cada vez mais significativo (DWORKIN, 2009, p. 129).

Dworkin então propõe sua hipótese:

> embora quase todos aceitem o princípio abstrato de que é intrinsecamente mau que a vida humana, uma vez começada, venha a frustrar-se, as pessoas divergem quanto à melhor resposta à questão de se a morte prematura passível de ser evitada é sempre, ou invariavelmente, a mais grave frustração de vida possível. De acordo com essa hipótese, a opinião conservadora radical tem por base a convicção de que a morte imediata é inevitavelmente uma frustração mais grave do que qualquer opção que adie a morte, mesmo ao custo de uma maior frustração em outros aspectos. Segundo a mesma hipótese, o ponto de vista liberal tem por base a convicção oposta: a de que em alguns casos, ao menos, a opção pela morte prematura minimiza a frustração da vida, não sendo, portanto, uma atenuação do princípio de que a vida humana é sagrada, mas sim a opção que mais respeita esse princípio (2009, p. 126)

Sob este enfoque, as pessoas discordam sobre se o fim prematuro é a mais grave frustração possível da vida uma vez que adotam pontos de vista distintos – extraídos de uma vasta rede de outras convicções sobre o sentido da vida e o significado moral da morte – quanto à importância relativa de cada uma das modalidades moralmente significativas de investimento criativo nessa vida: o investimento natural e o investimento humano. Dessa forma, com base em convicções religiosas, morais e filosóficas, algumas pessoas acreditam que "o investimento natural em uma vida humana é algo de importância transcendental, que em si mesmo o dom da vida é infinitamente mais significativo do que qualquer coisa que uma pessoa [...] possa fazer, por mais importante que tal coisa possa ser" (DWORKIN, 2009, p. 128). Nesse grupo estão as pessoas que se opõe ao direito ao aborto; em seu extremo, notadamente as religiosamente ortodoxas, que "vêm a reprodução humana com temor reverencial" (DWORKIN, 2009, p. 129), como milagre natural. "Por outro lado, se alguém atribui uma importância relativa muito maior à contribuição humana ao valor criativo da vida, irá considerar a frustração dessa contribuição como um mal muito maior" (DWORKIN, 2009, p. 130), razão pela qual não se oporá à frustração prematura do investimento natural da vida quando em função dos interesses da mãe, em função daquilo que a mãe investiu em sua própria vida e que pode ser frustrado com a gravidez, ainda que isso não signifique, para a maior parte dessas pessoas, a negação de que o aborto é uma violência.

A divergência entre conservadores e liberais não se dá, para Dworkin, quanto a um valor que é fundamental para um dos lados e rejeitado pelo outro; se dá quanto à distinta importância relativa dada por cada um dos lados a valores que, ambos admitem, são fundamentais e

profundos. Aqui reside a contribuição fundamental de Dworkin para o profundo e controverso debate sobre o aborto: uma vez que a disputa é compreendida sob a lente de um desentendimento quanto à interpretação de uma ideia comum de que a vida humana, em qualquer das suas etapas, possui um valor intrínseco decorrente de investimentos humanos e naturais na sua especificidade, torna-se possível não só encontrar bases comuns para o verdadeiro diálogo de surdos empreendido entre correntes favoráveis e contrárias ao direito ao aborto na esfera pública, mas também superar o antigo debate travado no Direito Civil acerca da personalidade do nascituro (entre "concepcionistas", "natalistas" e defensores da teoria da "personalidade condicional"). Para discutir a questão, sob a perspectiva constitucional, é mais produtivo inquirir se e em que sentido a Constituição protege a vida enquanto valor objetivo (ou o valor intrínseco da vida humana), mesmo em tendo se mantido silente sobre a oferta direta de proteção ao nascituro.

III – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Freire. *Projeto de Pesquisa (mestrado): Direito ao Aborto e Constituição: Identidade, Diferença e Jurisdição Constitucional* (manuscrito). Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2015.

BENATAR, D.; BENATAR, M. "A pain in the fetus: toward ending confusion about fetal pain". In: **Bioethics.** PMID: 11699550, v. 15, n. 1, p. 57–76, fev. 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Projeto de Pesquisa: Nova história do processo de constitucionalização brasileiro e teoria crítica* (manuscrito). Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2012.

CAVALCANTE, Alcilene; BUGLIONE, Samantha. Pluralidade de Vozes em Democracias Laicas: o desafio da alteridade. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). **Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 105–139.

COUTINHO, Francisco Ângelo; MAIA, Mônica Bara; SILVA, Fábio Augusto Rodrigues. A Polissemia do Conceito de Vida. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). **Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 9–28.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. 938 p.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1999. 438 p.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 568 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 593 p.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 416 p.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? **Political Theory** v. 29, n. 6, p. 766–781 , 1 dez. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. II.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. 352 p.

HONNETH, Axel. A textura da justiça: sobre os limites do procedimentalismo contemporâneo. **Civitas - Revista de Ciências Sociais** v. 9, n. 3, p. 345–368 , 20 dez. 2009a.

HONNETH, Axel. **Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life**. Columbia: Columbia University Press, 2014. 423 p. .978-0-231-53085-9.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009b. 291 p.

HONNETH, Axel. **Pathologies of Reason: On the Legacy of Critical Theory**. [S.l.]: Columbia University Press, 2009c. 233 p. .978-0-231-14626-5.

KUHNEN, Tânia Aparecida. *Valor Intrínseco na Bioética Ambiental (dissertação): uma análise crítica das concepções de Dworkin, Singer e Rolston III*. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Florianópolis, SC, 2010 (manuscrito). Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/93930/279655.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última consulta em 15/08/2015).

LEE SJ et al. "Fetal pain: A systematic multidisciplinary review of the evidence". In: **JAMA** v. 294, n. 8, p. 947–954, 24 ago. 2005.

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community**. Routledge, 2010. 341 p.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. **Revista de Direito Administrativo** v. 240, p. 43–82, jun. 2005.

VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a Dignidade da Pessoa Humana. **Superior Tribunal de Justiça - Doutrina - Edição Comemorativa - 20 anos** p. 562–581, 2009.