

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

JANAÍNA MACHADO STURZA

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-898-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Bio direito. 3. Direito dos animais. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

O VII Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) – maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema “A Pesquisa Jurídica na Perspectiva da Transdisciplinaridade”, que aconteceu entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, sendo realizado inteiramente online. O evento teve como objetivo proporcionar um espaço democrático e integrador para pesquisadores, acadêmicos e profissionais do Direito de todas as regiões do Brasil e do exterior.

Neste contexto, o GT Biodireito e Direitos dos Animais contou com 21 trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas ao biodireito e aos direitos dos animais, sendo que, para uma melhor discussão dos temas durante o evento, dividiu-se o GT em três blocos. O primeiro bloco tratou dos direitos ambientais; o segundo bloco tratou dos direitos dos animais e o terceiro e último bloco tratou sobre bioética.

As interlocuções estabelecidas a partir das discussões vinculadas às pautas do Biodireito e dos Direitos dos Animais, demonstradas pelos diferentes trabalhos apresentados, asseveram que, de fato, a sociedade está em um processo de reconstrução e de muitas transformações.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Heron José de Santana Gordilho – UFB

Sébastien Kiwonghi Bizawu – Escola Superior Dom Helder Câmara

A ONTOLOGIA DO SER SOCIAL EM LUKÁCS COMO FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO AO ABORTO: UMA ANÁLISE DA ADPF 442

THE ONTOLOGY OF SOCIAL BEING IN LUKÁCS AS THE BASIS OF THE RIGHT TO ABORTION: AN ANALYSIS OF ADPF 442

Thiago Fragoso Queiroz

Resumo

No presente artigo é apresentado um panorama geral das ações envolvendo o aborto no Brasil e, em especial, é dado um maior enfoque na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, visto ser a ação que busca afastar a incidência parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal nos casos de aborto ocorrido nas doze primeiras semanas de gestação. A análise principal se dará nos argumentos do voto da Ministra Rosa Weber, onde é construído um conceito de vida a partir de graus progressivos que se contrapõe ao conceito tradicional de que a vida se dá num único momento, a saber, na concepção. Todavia, a Ministra não fundamenta filosoficamente seu argumento, restringindo sua fundamentação à textualidade da lei. Diante disso, é feita uma investigação na obra Para uma ontologia do ser social de Lukács, com o objetivo de buscar uma fundamentação da existência do ser em graus de desenvolvimento. Na obra em questão, o autor conclui que existem graus no conceito ontológico de ser, cuja plenitude se dá naquilo que ele denomina de ser social. Essa conclusão traz a fundamentação filosófica que faltava à Ministra em seu voto.

Palavras-chave: Aborto, Gradação da vida, Ser social, Ontologia, Adpf 442

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents a general overview of actions involving abortion in Brazil and, in particular, a greater focus is given to the Action for Noncompliance with Fundamental Precept (ADPF) 442, as it is the action that seeks to eliminate the partial incidence of articles 124 and 126 of the Penal Code in cases of abortion occurring in the first twelve weeks of pregnancy. The main analysis will take place in the arguments of Minister Rosa Weber's vote, where a concept of life is constructed from progressive degrees that opposes the traditional concept that life occurs in a single moment, namely, at conception. However, the Minister does not philosophically substantiate her argument, restricting her reasoning to the textuality of the law. In view of this, an investigation is carried out in Lukács' work For an Ontology of Social Being, with the aim of seeking a basis for the existence of being in degrees of development. In the work in question, the author concludes that there are degrees in the ontological concept of being, whose fullness occurs in what he calls social being. This conclusion provides the philosophical foundation that the Minister lacked in her vote.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Gradation of life, Social being, Ontology, Adpf442

1 INTRODUÇÃO

A relevância do tema envolvendo a descriminalização do aborto é de notória importância para a sociedade em razão do assunto envolver a conceituação do que a sociedade entende como vida e, por conta disso, desperta nas pessoas diversas paixões de cunho religioso, político, ético e moral.

Toda a controvérsia envolvendo o aborto está centrada nesta temática: a preocupação de uma fatia da população em preservar a vida durante o período gestacional. Portanto, neste artigo, não será objeto de análise as condições das clínicas clandestinas, o risco aos quais as mulheres são submetidas, a falta de acesso das mulheres pobres aos métodos contraceptivos mais eficazes ou a falta de educação sexual. Nada disso é relevante a essa fatia da sociedade enquanto um assunto não for definido: quando se inicia a vida. É nessa tarefa que o presente trabalho se ocupará.

Para situar o leitor, inicialmente será apresentado um panorama geral das ações judiciais envolvendo o aborto no Brasil e depois será dado um enfoque maior na análise da ADPF 442, perpassando sua argumentação, seus pedidos e sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, será feita uma análise da materialidade e da argumentação do voto da Ministra Rosa Weber nesta ação.

A ADPF 442 foi escolhida como principal referência judicial da pesquisa pelo fato de ser a primeira medida judicial que visa de fato descriminalizar o aborto no Brasil - enquanto que as outras ações envolvem temas meramente interligados, como fetos anencéfalos, pesquisas com células tronco e habeas corpus de crimes envolvendo aborto, mas que não julgam o mérito da questão central, a saber, o aborto em si. Além disso, a atualidade da ADPF 442 que, por sua vez, ainda está com seu julgamento em curso, reforça a sua contemporaneidade, relevância e a importância de uma pesquisa sobre o tema.

Dessa forma, será desenvolvido o problema da falta de consenso sobre a definição do conceito de vida, bem como apresentado o conceito de progressividade ou gradação da vida constante no voto da Ministra Rosa Weber. A Ministra defende uma posição que conceitua a vida como uma evolução gradativa, cuja sua valoração passaria a progredir conforme a vida vai ganhando viabilidade extrauterina.

Todavia, a Ministra traz como fundamentação a essa conceituação argumentos meramente gramaticais-normativos, tautológicos e consequencialistas, faltando que se apresente uma firme base filosófica que o sustente.

A posição de que a vida se consolida em graus da existência se contrapõe ao entendimento tradicional de que ela se daria em um momento único-imediato, a saber, no momento da concepção.

Dessa forma, será usado como método uma pesquisa bibliográfica no campo da ontologia, que é a área da filosofia responsável por estudar o ser. Com essa investigação, será verificado se o argumento apresentado pela Ministra Rosa Weber tem sustentação filosófica.

O autor escolhido para essa pesquisa foi Georg Lukács, cuja obra trata especificamente sobre a ontologia do ser, isto é, o autor desenvolve um pensamento onde são estabelecidos graus do ser até um estágio ao qual ele denomina de *ser social*.

Na primeira parte da sua obra, o autor inicia apresentando e elaborando sua crítica aos sistemas filosóficos com maior relevância em sua época. Após isso, passa a apresentar as estruturas do seu sistema filosófico que, segundo o autor, foi inaugurado nas obras de Karl Marx.

A ontologia do ser social é um sistema que difere dos existentes porque, como será visto com mais detalhes posteriormente, afasta a abstração absoluta da aparência do objeto, algo comum nos sistemas metafísicos. Por outro lado, difere do materialismo positivista que defende uma aproximação completa da essência com a coisa.

Essa descoberta é um achado importante para o presente estudo porque, no sistema de Lukács, o conceito de vida só poderá ser elaborado conjuntamente ao do ser. Como o ser humano é o fenômeno que representa no mundo objetivo o conceito de vida humana, ao se estabelecer graus para um, estende-se a mesma lógica ao outro.

Após essa parte inicial, Lukács passa a apresentar o conceito de ser inorgânico, orgânico e, finalmente, o ser social. São desenvolvidos os pressupostos que realizam cada um desses graus ontológicos do ser e, especialmente, a categoria trabalho, que é o elemento fundante do ser social.

Esse elemento fundante, o trabalho, estabelece as relações sociais que caracterizam o ser enquanto ser social. É a partir desse elemento que se fundam as relações na sociedade, sejam elas contratuais, conjugais, familiares, de trabalho, afetivas, políticas, econômicas, dentre outras.

Portanto, é a constituição dessas relações que indicam o último e pleno grau ontológico do ser. Essa constituição do ser denota uma valoração distinta dos outros níveis do ser que ainda não possuem essas relações estabelecidas, a saber, o embrião ou o feto.

Nesse esteio, encontra-se uma base filosófica firme para o conceito de gradação da vida apresentado pela Ministra Rosa Weber em seu voto na ADPF 442. Esse achado fortalece o

argumento por ela proposto, dando um fundamento adicional para além da argumentação gramatical-normativa apresentada pela Ministra.

2 A CONTROVÉRSIA SOBRE O ABORTO E A ADPF 442

Conforme Greco (2017), o Código Penal não define o que é aborto, deixando a cargo da doutrina e da jurisprudência esclarecer essa expressão. Ainda conforme o autor, a tutela desse direito começa quando ocorrem duas situações, conjuntamente: a) quando o espermatozoide fecunda o óvulo; b) quando o óvulo fecundado se implanta no útero materno, fato que ocorre aos 14 dias após a fecundação.

Aníbal Bruno (1976, p. 160) define esse tipo penal da seguinte forma: “Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do feto.”

Observa-se que é usado o termo “interromper a morte do feto” e não “interromper o desenvolvimento do feto”, o que indica que o entendimento corrente é que o feto possui vida, e que essa vida se inicia na concepção do espermatozoide com o óvulo quando ele se implanta no útero materno. Não se sabe como ou por quê se chegou a essa conclusão, mas assim tem sido o entendimento.

A Pesquisa Nacional do Aborto de 2021 mostrou que 10% das mulheres entrevistadas já realizaram pelo menos um aborto na vida. Embora esse número tenha caído em relação à pesquisa de 2016, que teve uma porcentagem de 13%, ainda revela um alto índice de procedimentos realizados ao se considerar que o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que o Brasil possui cerca de 104,5 milhões de mulheres.

Essas pesquisas apenas revelam aquilo que já ocorre na realidade fática da sociedade brasileira, seja quando ocorre através de procedimentos seguros no caso das mulheres pertencentes às melhores condições sociais, seja ao ocorrer em clínicas clandestinas, trazendo risco de vida às mulheres mais pobres.

Essa contradição entre a realidade fática brasileira e a legislação penal tem feito emergir, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, um crescente número de ações judiciais envolvendo o aborto. Essas ações têm levado o STF a se posicionar sobre esse tema que, de modo geral, tem se mostrado polêmico e controverso.

Alguns exemplos de julgados importantes sobre o tema são: HC 84.025 (habeas corpus preventivo para realização de aborto), ADI 3.510 (inconstitucionalidade de artigos da lei de biossegurança), a ADPF 54 (aborto de feto anencéfalo) e HC 124.306 (habeas corpus para

paciente e profissionais que realizaram aborto), mas nenhuma outra ação é tão importante quanto a ADPF 442.

Enquanto as outras ações, como visto, envolviam temas meramente interligados, como fetos anencéfalos, pesquisas com células tronco e habeas corpus envolvendo a liberdade de pessoas que estavam envolvidas na prática do aborto, a ADPF 442 inova ao buscar estabelecer um novo recorte temporal para o entendimento do momento em que ocorre a interrupção do desenvolvimento de uma vida em potencial que, segundo a ADPF 442, seria as doze primeiras semanas da gestação.

Dessa forma, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) impetrou a ADPF 442 requerendo a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal na atual ordem constitucional de forma a não incidir a tipificação do aborto nas 12 primeiras semanas de gestação por descumprir garantias fundamentais das mulheres. Nestes termos, o pedido é o seguinte:

A confirmação da medida liminar e, no mérito, a procedência da presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para que, com eficácia geral e efeito vinculante, esta Suprema Corte declare a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas, por serem incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a cidadania das mulheres e a promoção da não discriminação como princípios fundamentais da República, e por violarem direitos fundamentais das mulheres à vida, à liberdade, à integridade física e psicológica, à igualdade de gênero, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar, de modo a garantir às mulheres o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, sem necessidade de qualquer forma de permissão específica do Estado, bem como garantir aos profissionais de saúde o direito de realizar o procedimento (BRASIL, 2017, p. 61).

Atualmente, a ADPF 442 está aguardando votação no plenário, tendo recebido apenas o voto da Relatora, Ministra Rosa Weber, que o fez antes de se aposentar.

O que se observa de comum em todos os julgados envolvendo esse tema é a falta de consenso em relação à quando se inicia a vida, seja do ponto de vista técnico-científico, seja do ponto de vista filosófico. Isso resulta numa falta de norte que indique a melhor forma de se posicionar sobre o tema. A Ministra Rosa Weber deixa isso claro em seu voto:

A inexistência de consenso a respeito de quando inicia a vida é fato notório, mesmo para a área da ciência, na qual dissensos razoáveis sobre a questão coexistem desde sempre. [...] Lado outro, igualmente constata-se a inexistência de consensos sobre o

início da vida humana no campo da filosofia, da religião e da ética (BRASIL, 2023, p. 19).

Diante disso, a Ministra Rosa buscou fundamentar seu voto de outras maneiras, visto que, conforme apresentado, as outras áreas do conhecimento ainda se mostram nebulosas sobre essa definição.

A via escolhida pela Ministra foi a única sob a qual havia sustentação firme em que ela poderia pôr os pés: o caminho puramente gramatical-normativo. Ela, então, seguiu fundamentando seu voto demonstrando não haver proteção do embrião ou feto no texto constitucional ou no Código Civil. Conforme Rosa Weber:

Aos nascidos, então, de acordo com a leitura textual e sistemática da Constituição, é atribuída a titularidade dos direitos fundamentais. Essa conclusão resulta mais evidente quando se observa que não há referência em qualquer passagem do texto constitucional aos não nascidos, seja na condição de embrião ou de feto. [...] No direito privado, o Código Civil é claro ao dizer, em seu art. 2º, que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Mais uma vez fala-se em vida, mas não há definição (BRASIL, 2023, p. 21, p. 24).

A fundamentação puramente gramatical-normativa continua quando a Ministra afirma que não há no texto legal a definição de vida ou de quando ela se inicia, seja do ponto de vista qualitativo ou do ponto de vista temporal.

Por qualitativo entende-se que não há no texto legal uma qualidade, isto é, um conceito que define o que é vida. Por temporal entende-se que não há uma definição que demarque o momento da hominização, isto é, o momento em que aquelas células podem ser consideradas um ser.

Primeiro, o texto constitucional não definiu o conteúdo do direito à vida prescrito em seu art. 5º, tampouco identificou explicitamente seu âmbito de proteção. Não há qualquer referência de densificação do direito à vida (ações, situações, posições jurídicas). Segundo, expressamente não adotou qualquer posição sobre o início da vida no suporte fático abstrato da regra, escolheu normativa coerente com aquela do âmbito de proteção amplo. (BRASIL, 2023, p. 22-23).

Nesse esteio, a Ministra Rosa Weber continua a fundamentar seu voto ao comparar o tempo das penas estabelecidas pelo Código Penal aos crimes contra a vida. Ela percebe que existe uma espécie de gradação da proteção da vida enquanto bem jurídico tutelado.

A fundamentação desse entendimento se daria pelo fato de o Código Penal ir progredindo as penas conforme o indivíduo vai se desenvolvendo enquanto ser. A Ministra exemplifica demonstrando que as penas do aborto, infanticídio e homicídio vão aumentando

progressivamente, o que revelaria que há um grau de consolidação daquilo que é entendido como vida pelo legislador. A conclusão a que se chega é que não há um início único-imediato para a vida, mas sim uma progressão no grau da sua consolidação enquanto indivíduo.

Há uma gradação na importância da vida protegida como bem jurídico: no homicídio, a pena é de 6 a 20 anos de reclusão; no induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio, a pena é de reclusão de 2 a 6 anos; no infanticídio, que só pode ser praticado pela mãe e se estiver em estado puerperal, pena de detenção de 2 a 6 anos; no aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, a gestante pode ser punida com detenção de 1 a 3 anos e o indivíduo que provoca o aborto é punido com reclusão de 1 a 4 anos. Vê-se, claramente, que os graus de reprovabilidade são diferentes e que a situação da mãe ou gestante é levada em consideração (BRASIL, 2023, p. 25).

Aqui é o momento mais importante do voto da Ministra para a análise que será apresentada neste artigo. Ela finalmente apresenta um argumento que extrapola a mera análise textual da lei. Nessa altura do voto, o texto legal é usado por ela como substrato para elaborar um conceito de vida através de graus.

A fragilidade desse argumento é que ele é um fim em si mesmo. Uma espécie de tautologia. O texto legal é usado para dizer algo que ele não diz em sua literalidade. Não há na constituição ou em qualquer outra fonte legal um fundamento que valora essa inferência lógica feita pela Ministra.

Porém, essa não foi a primeira vez em que esse argumento foi levantado. O Ministro Luís Alberto Barroso, em julgamento do HC 124.306, já havia indicado haver esse tipo de gradação da valoração da vida conforme os estágios da concepção vão progredindo, conforme a seguir.

É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização. (Ementa do voto-vista vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso HC 124.306, p. 18).

Para sustentar o conceito de gradação da vida, o Ministro Luís Alberto Barroso usa um argumento meramente consequencialista¹ ao comparar a eficácia reduzida da criminalização aos custos sociais envolvidos e o impacto aos direitos fundamentais das mulheres.

Não se sabe sequer se era a intenção dos Ministros Rosa Weber e Luís Barroso o desenvolvimento de um conceito sobre a gradação da vida. Todavia, esse achado é importante e abre um debate que claramente traz uma contraposição robusta ao tradicional conceito de que a vida ocorreria num momento único-imediato, a saber, a concepção.

Segundo os Ministros, existem graus envolvendo o conceito de vida. Se existem graus, seria preciso estabelecer um recorte temporal razoável para que essa provável vida tenha o seu direito de desenvolvimento gestacional tutelado pelo tipo penal do aborto.

Embora esse argumento levantado seja importante, a forma que os Ministros o fundamentam tem se mostrado frágeis. Essa fragilidade é decorrente de até então não haver sido levantada uma base filosófica que o sustentasse. Toda argumentação sobre ele, como já demonstrado, é puramente gramatical-normativa, tautológica ou consequencialista, sendo necessário que se apresente uma formulação filosófica, em especial no campo da ontologia, que o possa fundamentar.

Portanto, é necessário que se defina quando a vida começa para fazer valer o tipo penal do aborto, posto que ele tutela a proteção de uma vida em desenvolvimento. Dessa forma, o dissenso permanece, quando a vida se inicia para que seu desenvolvimento seja protegido pelo tipo penal?

Nesse sentido, com o problema delimitado, será apresentada uma investigação nos textos de Georg Lukács sobre a ontologia do ser social como forma de valoração e gradação do conceito de vida.

3 A ONTOLOGIA DO SER SOCIAL

Desde Aristóteles (384-322 a.C) o ser humano é definido como um ser social. Todavia, para Aristóteles o que funda o ser social é a capacidade de linguagem, da qual deriva a capacidade de discernimento e, conseqüentemente, as relações entre os homens, bem como o Estado.

¹ Segundo Georges Abboud (2019, p. 1), os argumentos consequencialistas são “uma colonização da argumentação jurídica pelo discurso eficientista, pragmatista ou congênere que, de algum modo, coloque no centro da atividade decisória a realização de determinadas conseqüências práticas, no mais das vezes pouco ou nada lastreadas em elementos empíricos”.

O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra; a voz é o sinal da dor e do prazer, e é por isso que ela foi também concedida aos outros animais. Estes chegam a experimentar sensações de dor e de prazer, e a se fazer compreender uns aos outros. A palavra, porém, tem por fim fazer compreender o que é útil ou prejudicial, e, em consequência, o que é justo ou injusto. O que distingue o homem de um modo específico é que ele sabe discernir o bem do mal, o justo do injusto, e assim todos os sentimentos da mesma ordem cuja comunicação constitui precisamente a família do Estado. (Aristóteles, 2004, p.14).

Todavia, a linguagem, a consciência, a capacidade cognitiva, o próprio fato de possuir um corpo, são apenas pressupostos para o ser social, mas não o elemento fundante. Somente no século XX, outro autor, Georg Lukács, é quem foi o responsável por um melhor desenvolvimento do que seria o elemento fundante do ser social.

Dessa forma, se o ser humano é ser social, para melhor entender o conceito de vida, é necessário investigar o que funda este ser. Para essa tarefa, será utilizado como base de investigação a obra *Para uma ontologia do ser social*, de Georg Lukács.

Conforme Tertulian (1996), Lukács escreve a ontologia do ser social com o intuito de, por um lado, dar uma resposta a uma crescente hegemonia neopositivista e, de outro, reforçar suas diferenças com Kant, Heidegger, Hegel, Wittgenstein, Hartmann e outros. Além disso, a obra também tem por objetivo revisitar, passo a passo, as categorias fundamentais do pensamento e da tradição marxista sob o aspecto ontológico da realidade como resposta à prática stalinista que, na leitura de Lukács, é uma distorção do que foi proposto por Marx.

Lukács (2012) descobre em Marx um novo método de leitura da realidade. Esse novo método se coloca num espaço entre dois extremos da tradição filosófica. Em primeiro lugar, se afasta das abordagens metafísicas de distanciamento absoluto do objeto que se fixam apenas na análise da essência da coisa, também chamada de coisa-em-si, mantendo-se numa abordagem abstrata e generalizadora. Em segundo lugar, destoa da abordagem neopositivista onde a percepção subjetiva do mundo coincide exatamente com a sua aparência. Como dizia Marx (2017, p. 880): “Toda ciência seria supérflua se a forma de manifestação e a essência das coisas coincidissem imediatamente”.

Segundo Lukács (2012), Marx inaugurou uma nova forma de leitura da realidade em que o conhecimento do objeto acontece a partir de uma investigação objetivo-fenomênica dele, mas que, por sua vez, não se restringe a isso, visto que o passo seguinte é generalizá-lo a partir daquilo que se extraiu da sua aparência, mas essa generalização não ocorre de forma absoluta, visto que ela se limita dentro de um recorte histórico-social da realidade.

Sendo assim, a primeira parte da obra busca demonstrar as contradições dos demais sistemas filosóficos correntes à época e, em consequência, estabelecer a ontologia como o sistema mais adequado de explicar a realidade. Somente após isso, convencendo o leitor que a ontologia traz a melhor explicação, Lukács inicia a apresentação da sua ontologia, a ontologia do ser social. Essa ontologia tem a seguinte estrutura:

É uma estrutura de caráter completamente novo: uma cientificidade que, no processo de generalização, nunca abandona esse nível, mas que, apesar disso, em toda verificação de fatos singulares, em toda reprodução ideal de uma conexão concreta, tem sempre em vista a totalidade do ser social e, com base nela, sopesa a realidade e o significado de cada fenômeno singular; uma análise ontológico-filosófica da realidade em si que jamais vaga, mediante a autonomização de suas abstrações, acima dos fenômenos operados, mas, ao contrário, justamente por isso, conquistou para si crítica e autocriticamente o estágio máximo da consciência, para poder captar todo ente na plena concreticidade da forma de ser que lhe é própria, que é específica precisamente dele. Acreditamos que, agindo assim, Marx criou uma nova forma tanto de cientificidade em geral quanto de ontologia, uma forma destinada a superar no futuro a constituição profundamente problemática, apesar de toda a riqueza dos fatos descobertos, da cientificidade moderna (Lukács, 2012, p. 296).

Portanto, em Lukács, o conceito abstrato do objeto não pode estar dissociado do fenômeno existente em sua realidade histórico-social. A vida, que é um conceito abstrato, construído pela sociedade, não pode ser definida alheia ao ser, que é a manifestação fenomênica da vida. Dessa forma, ao se construir um sistema filosófico que explique o ser, pode-se chegar à explicação do que é vida, posto que um está interconectado ao outro.

Vale ressaltar, todavia, que a obra de Lukács não tinha o interesse de, diretamente, falar sobre a ontologia do ser no aspecto da valoração e gradação do conceito de vida. Essa é uma leitura da obra que é feita a reboque, conforme será apresentado a seguir.

Para Lukács (2010, 2012, 2013), a ontologia do ser possui três dimensões: o ser inorgânico, o ser orgânico e o ser social. A formação do ser social pressupõe a existência dessas três dimensões de maneira dependente e interligada, posto que uma é condição para a origem da outra.

Por conseguinte, a ontologia geral ou, em termos mais concretos, a ontologia da natureza inorgânica como fundamento de todo existente é geral pela seguinte razão: porque não pode haver qualquer existente que não esteja de algum modo ontologicamente fundado na natureza inorgânica. Na vida aparecem novas categorias, mas estas podem operar com eficácia ontológica somente sobre a base das categorias gerais, em interação com elas. E as novas categorias do ser social relacionam-se do

mesmo modo com as categorias da natureza orgânica e inorgânica (Lukács, 2012, p. 27).

A dimensão inorgânica se refere a reações meramente físico-químicas, não havendo qualquer existência biológica. Aqui ocorre apenas um contínuo processo de transformação e reprodução autônoma, posto que sua existência não depende, absolutamente, de nenhuma outra forma de vida. Pelo contrário, é o ser inorgânico a base, aquilo que dará origem aos demais seres. Desde o Big Bang, todo o processo de expansão do universo evoluiu através de interações espontâneas até que se chegasse à dimensão orgânica.

Na dimensão orgânica, as interações já não são mais espontâneas, mas são direcionadas pelo meio. A dimensão orgânica tem como característica a adaptação passiva ao meio ambiente. Os seres orgânicos agem dando respostas aos impulsos do meio em que vivem. Se um animal sente fome, ele sai para caçar; se sente medo, foge; se é ameaçado, revida; se sente frio, migra para outro local. Na linguagem de Lukács, é uma relação causal e não teleológica.

O ser social, por sua vez, tem como característica a transformação ativa do meio ambiente em que vive. Neste estágio, não há somente respostas aos impulsos do meio, mas há uma proatividade consciente de transformar o meio em que se vive através do trabalho. É uma ação teleológica e não causal.

Conforme Fortes (2016), essa transformação do meio em que se vive tem como objetivo atender as mais diversas necessidades que não são, necessariamente, necessidades impostas pelo meio externo, mas são necessidades pensadas e criadas pela mente do próprio homem. O ser social, portanto, pressupõe a consciência, mas não apenas consciência no sentido de elucubrar algo, mas de efetivamente pô-lo em prática, constituindo através da prática do trabalho as relações que o conformam enquanto indivíduo.

Nesse sentido, a “atividade do ente natural homem sobre a base do ser inorgânico e o orgânico dele originado faz surgir um estágio específico do ser, mais complicado e mais complexo, precisamente o ser social” (Lukács, 2013, p. 47).

Conforme Junior (2022), todas as relações sociais da sociedade são provenientes das relações derivadas do trabalho, bem como da sua divisão social, onde a sociedade se permite agir conjuntamente buscando o seu próprio desenvolvimento na vida cotidiana.

O trabalho e as práxis sociais derivados da divisão social do trabalho, do agir comunicativo da linguagem, do direito, da política, da educação, da arte etc. – onde alcançam formas cada vez mais puras e complexas –, permite ao homem, por meio desta rica malha de determinações, geradas pelo trabalho, alterar a totalidade que se expressa imediatamente na vida cotidiana. (JUNIOR et al, 2022, p. 9).

Sem essas relações sociais que, conforme Lukács, são fundadas pelo trabalho, não existe ser social. Essa concepção de ser-devir do homem já havia sido preconizada pelo próprio Marx, conforme a seguir.

Um ente que não tenha um objeto fora de si não é um ente objetivo. Um ente que não seja ele mesmo objeto para um terceiro não tem nenhum ente como seu objeto, isto é, não se comporta objetivamente, o seu ser nada tem de objetivo. Um ente não objetivo é um não-ente (Marx, 2004, p. 127).

Nessa linha de pensamento, Duarte (2017) propõe que o processo de hominização do homem enquanto completude do ser, jamais pode ocorrer de forma isolada. Inclusive, ações que podem parecer isoladas, como, por exemplo, o ato de pensar, só é possível porque é recebido da sociedade a linguagem, sem a qual sequer o pensamento seria possível. É importante enfatizar que por sociedade não se quer dizer civilização. Um homem tribal é um ser social, independente de viver numa tribo distante ou não.

O indivíduo é o ser social. **Sua manifestação de vida** – mesmo que ela também não apareça na forma imediata de uma manifestação comunitária de vida, realizada simultaneamente com outros – é, por isso, uma externalização e confirmação da vida social (Marx, 2004, p. 107, grifos nossos).

Portanto, quando se fala em ser social está se falando em “unidade essencial completada (vollendet) do homem com a natureza” (Marx, 2004, p. 107). Na ontologia de Lukács se consolida o que fora preconizado por Marx, em que o ser só existe em sua plenitude de ser enquanto e quando for um ser social. A vida não pode ser considerada como existente em grau pleno enquanto essas relações sociais que constituem o ser social não forem estabelecidas.

Há, portanto, uma gradação no conceito de ser e, conseqüentemente, no conceito de vida, cuja sua evolução vem desde o ser inorgânico, passando pelo ser orgânico e ganha sua maturação no ser enquanto ser social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer conceito, definição, ou convenção sobre qualquer ciência, seja ela natural ou social, se dá no campo do acordo existente numa determinada sociedade. Os conceitos existentes, existem dentro da sociedade e foram por ela convencioneados. Com o conceito de vida não deveria ser diferente. Porém, a falta de fundamentação sobre o que é vida impede que haja um consenso social sobre o assunto.

O ser é um ente material, fenomênico, objetivo, observável, enquanto que a vida é um conceito construído. No sistema filosófico de Lukács não é possível separar o ente objetivo-

histórico-social de sua generalização metafísica. O conceito abstrato de vida, portanto, está entrelaçado com o fenômeno do ser. E, como visto, se o ser possui graus de existência, a vida, conseqüentemente, também possuirá.

Na ontologia do ser social de Lukács encontra-se a base fundante do que constitui um indivíduo. Esse elemento não está ligado às aferições positivistas da medicina. Não está na medição do batimento cardíaco, no desenvolvimento de nervos que podem dar a percepção de dor, na medição de ondas cerebrais que podem evidenciar a existência de consciência, etc. Essas condições são, na verdade, pressupostos para um ser funcional, mas não necessariamente implicam numa vida em seu sentido pleno do ser.

Em Lukács, o ser só é um ser possível quando atinge a sua dimensão social. O trabalho é a categoria fundante dessas relações. A partir do trabalho, todas as relações sociais entre os humanos são estabelecidas. É a partir do trabalho que todos os demais vínculos são formados, sejam eles sociais, legais, conjugais, afetivos, etc. São essas as relações que constituem um ser humano enquanto indivíduo.

Essa visão da vida enquanto ser social põe termo a eternos *gaps* existentes nos debates acerca do aborto. Por exemplo, quando se diz que é a consciência que define se há vida ou não no feto, normalmente se contra-argumenta afirmando que se a falta de consciência desse o direito à interrupção da vida, nada impediria que alguém interrompesse a vida de outrem que está em coma em um hospital. Porém, quando se entende a situação sob a dimensão da vida enquanto ser social, não há comparação entre uma pessoa em coma num hospital e um embrião. A pessoa em coma é um ser social independentemente de estar consciente naquele momento ou não, posto que possui vínculos sociais, vínculos contratuais, vínculos trabalhistas, vínculos afetivos, vínculos familiares, vínculos conjugais, etc. São esses vínculos que constituem o ser. Um embrião ou mesmo um feto não possui esses vínculos. Há, no máximo, um processo de criação de vínculo afetivo ainda em desenvolvimento, que vai evoluindo durante todo aquele período gestacional.

O embrião e o feto, sob a leitura de Lukács, estão na dimensão do ser orgânico, ficando entre o ser inorgânico e o ser social. A viabilidade extrauterina para a consolidação da vida enquanto ser social, passa, necessariamente, pela gradação dessa viabilidade. Uma é a viabilidade do embrião, outra é a viabilidade do feto - este, com órgãos já construídos, e aqui se excluem os anencéfalos. Dessa forma, o grau do potencial de viabilidade extrauterina deve estabelecer qual o recorte semanal na gestação define a existência ou não do ato do aborto para fins de subsunção do tipo penal.

De fato, o tipo penal do aborto visa proteger a potencialidade de uma vida. Todavia, não se pode estabelecer um recorte semanal tão alto ao ponto de prejudicar os direitos de um potencial ser social que está ainda em formação, mas, por outro lado, não é razoável estabelecer que esse recorte seja tão baixo como no momento da concepção, posto que prejudicaria os direitos fundamentais das mulheres em prol de proteger um ser ainda sem viabilidade extrauterina garantida.

Dessa maneira, não se pode entender o tipo penal do aborto como uma tutela que deva ser dada em qualquer estágio da potencialidade do desenvolvimento de uma vida. Se essa proteção for levada ao extremo, por exemplo, outros métodos contraceptivos deveriam ser abarcados pela tutela do aborto, a saber, a própria pílula do dia seguinte, o DIU e o próprio preservativo (camisinha). Afinal, todos eles impedem, em alguma medida, a potencialidade da concepção e, conseqüentemente, impedem a potencialidade do desenvolvimento de um ser.

Portanto, manter o entendimento de vida no momento da concepção é uma hipertrofia no entendimento do conceito de vida num estágio que, por sua vez, ainda está longe de se consolidar como vida em grau completo enquanto ser social formado, conforme Lukács.

As doze semanas iniciais propostas pelo PSOL na ADPF 442 não foram à toa, posto que esse é o período limite em que ocorre a transição daquilo que é entendido como embrião para o que é entendido como feto.

A professora de embriologia Evelise Nazari destaca o seguinte:

Embora a transformação do embrião em feto seja gradual, a mudança de nome é relevante, pois significa que o embrião passou a apresentar o aspecto humano bem reconhecível e que já existe a organização inicial de todos os sistemas orgânicos (Nazari et al, 2011, p. 107).

Assim, no embrião não se observa de forma consolidada a construção de órgãos, algo que já é observável no feto. A existência de órgãos funcionais já implica numa viabilidade de vida extrauterina superior, o que deve garantir uma gradação maior da proteção constitucional a essa vida em potencial.

Dessa forma, resta razoável que o recorte temporal para a subsunção do tipo penal aborto fique apenas após as doze semanas iniciais da gestação. Antes deste período, o tipo penal não deve incidir sobre a conduta.

Com isso, por um lado, preserva-se os direitos fundamentais das mulheres e, por outro, preserva-se o direito daquele ser em potencial de se desenvolver, fazendo valer a tutela do tipo penal em debate.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Consequencialismo jurídico**: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 1009, p. 1-9, nov. 2019.
- ARISTÓTELES. **Política. Livro Primeiro, Capítulo I**. Editora: Martin Claret, SP, 2004
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 06 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5144865>. Acesso em: 14/04/2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 28/04/2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da Ministra-Relatora Rosa Weber. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 22 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf>. Acesso em: 28/04/2024.
- BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. Imprensa: Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976.
- DUARTE, Marcelo. **A dimensão ontológica do homem em Aristóteles e Marx**: fundamentando o educando como ser político-social e de trabalho no processo educacional social. Revista Saberes. Rio Grande do Norte, v. 1, n. 17, p. 125-137, dez 2017. ISSN: 1984-3879.
- FORTES, Ronaldo. **TRABALHO E GÊNESE DO SER SOCIAL NA “ONTOLOGIA” DE GYÖRGY LUKÁCS**. Florianópolis: Editora Em Debate: 2016.
- GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói, RJ. Edita Impetus, 2017.
- IBGE. **Quantidade de Homens e Mulheres**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-homens-e-mulheres.html#:~:text=Os%20resultados%20do%20Censo%20Demogr%C3%A1fico,da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20residente%20no%20pa%C3%ADs>. Último acesso em: 25/04/2024.
- JUNIOR, J. B. S.; FONSECA, R. L.; MINASI, L. F. **A constituição do ser social e a relação homem x natureza**: Primeiras aproximações. Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação, Araraquara, v. 17, n. esp. 1, p. 0614-0626, mar. 2022. e-ISSN: 1982-5587. DOI: <https://doi.org/10.21723/riaee.v17iesp.1.16314>
- LUKÁCS, Georg. **Para uma ontologia do ser social I**. São Paulo: Boitempo, 2012.
- LUKÁCS, Georg. **Para uma ontologia do ser social II**. São Paulo: Boitempo, 2013.

LUKÁCS, Georg. **Prolegômenos para uma ontologia do ser social**: questões de princípios para uma ontologia hoje tornada possível. tradução de Lya Luft e Rodnei Nascimento; supervisão editorial de Ester Vaisman. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.

MARX, Karl, **O Capital, livro III**. São Paulo: Boitempo, 2017.

NAZARI, E. M; MÜLLER, Y. M. **Embriologia Humana**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

Pesquisa Nacional de Aborto 2016. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>. Acesso em: 24/04/2024.

Pesquisa Nacional de Aborto 2021. *Cien Saude Coletiva*, v. 28, n. 6, p. 1601–1606, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232023286.01892023>. Acesso em: 24/04/2024.

SANTOS, Vinicius. **NOTAS SOBRE O CONCEITO DE GATTUNGSWESEN EM MARX**. *Feira de Santana*, v. 1, n. 39, Jan/Jun 2019. e-ISSN: 2359-6384. DOI: <https://doi.org/10.13102/ideac.v1i39.4525>

TERTULIAN, Nicolas. **Uma apresentação à Ontologia do ser social, de Lukács**. *Crítica Marxista*, São Paulo, Brasiliense, v.1, n.3, 1996, p.54-69.