

VIDA, DIGNIDADE E ABORTO: notas sobre a (im)possibilidade do status moral do feto

Gabrielle Kolling*
Marcus Vinicius Madeira**

Resumo: O tema do aborto é pauta de diferentes e constantes análises na sociedade, em especial no direito. Dentro da temática do aborto, abre-se a discussão da (im)possibilidade do *status* moral do feto. O objetivo desse trabalho é analisar o (não)*status* moral do feto a partir de algumas premissas kantianas, em especial a dignidade humana, a pessoa e a vida. Para isso, é necessário que se perpassem o paradoxo de quando começa a vida, bem como a sua própria definição e relação com o aborto no contexto da dignidade e do *status* moral do feto. Para enfrentar essa discussão, é essencial que se observe a importância de uma metódica constitucionalmente adequada para o tratamento do aborto no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Vida. Dignidade. Feto. Moral.

Abstract: The subject of abortion is cause to constant and controversial discussions in society, especially with regards to the Law. One of the key issues is the (im)possibility of the moral status of the fetus. Our objective is to analyse the (non) status of the fetus with regards to Kantian principles, mainly the issues of human dignity, of the individual and of life. It is thus imperative to establish the paradox of when life begins, as well as its own definition and relationship with the issue of abortion within the fetus's dignity and moral status. While arguing about these abortion issues within the Brazilian Judicial System, it is essential to adhere to constitutionally adequate methodologies.

Keywords: Life. Dignity. Fetus. Moral.

* Doutoranda em Direito Público (Unisinos, Bolsista CAPES); Mestre em Direito Público (Unisinos); Especialista em Direito Sanitário (Unisinos e Universidade de Roma Tre); Bacharel em Direito (Unisinos). Professora e Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, de Torres (Ulbra). Contato: koll.gabrielle@gmail.com.

** Mestre em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Bacharel em direito (Universidade Federal de Pelotas). Assistente de procuradoria do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Professor da FEEVALE.

Sumário: Introdução. 1. Dignidade humana, pessoa e vida. 2. O paradoxo da vida e do aborto no contexto da dignidade e *status* moral do feto. 3. A importância de uma metódica constitucionalmente adequada para o tratamento do aborto no sistema jurídico brasileiro. Considerações finais. Referências.

Introdução

A temática da vida e da dignidade na sociedade contemporânea, marcada por sua crescente complexidade, apresenta-se como uma discussão polêmica e paradoxal. Isso não é diferente quando o assunto em pauta é o aborto, na medida em que se pode estar diante de duas dignidades: a da mulher e a do feto. Em outras palavras, a análise da questão está calcada numa ideia ambivalente: o direito do feto de um lado e, de outro, o da mulher grávida.

A questão que ora se coloca é uma daquelas insuscetíveis de serem plenamente compreendidas e compartilhadas intersubjetivamente apenas com base em juízos empíricos, ou, ainda, a partir do reenvio explícito ou implícito a tradições religiosas, e em relação às quais não se pode evitar de enunciar juízos morais. Filósofos como Kant compreenderam, de modo inequívoco, que tais juízos não se apoiam na experiência, devendo valer aprioristicamente, ou seja, independentemente de toda a experiência.

Nesse sentido, lembra-se que a liberdade de crença vem se afirmando como uma das grandes reivindicações ético-jurídicas ocidentais nos últimos trezentos anos. Aliado a esse fato, as constituições da maioria dos Estados do Ocidente, bem como os principais documentos jurídicos produzidos pelas organizações e pela comunidade internacional, consagram o pluralismo político e social como um dos valores ético-jurídicos mais importantes da civilização humana. Se for tomada em consideração a premissa de que a observância de normas morais é algo que se pode exigir de todos, ter-se-á como corolário o entendimento de que isso possa ser tornado compreensível para todos, independente de professarem ou não o mesmo credo religioso (ou mesmo qualquer credo).

De outra parte, adota-se aqui, na condição de pré-compreensão, a tese vincucionista acerca das relações entre direito e moral, ou seja, entende-se que a normatividade do direito não prescinde da ancoragem em certos valores éticos/morais essenciais para a vida de uma determinada comunidade. Assim, embora se tenha clareza e convicção quanto à necessidade da necessidade do desenvolvimento e da consolidação, no direito brasileiro, de um regime jurídico de tutela do embrião, tem-se, também, como será detalhado ao longo do texto, que esse regime não pode ser construído apenas com base nos instrumentos normativos

fornecidos pelo direito positivo vigente e nos instrumentos teórico-metodológicos colocados à disposição pela dogmática jurídica, responsável por explicá-lo e sistematizá-lo.

Logo, de fundamental importância investigar a possibilidade de um status moral do feto/embrião.

Em face desse panorama, o recorte epistemológico do artigo encontra-se na discussão e na análise do status moral do feto e das suas implicações no âmbito da metódica constitucional, partindo-se, em caráter exploratório e provisório, haja vista a natureza superadora do conhecimento, tanto científico quanto filosófico, da ética kantiana enquanto ferramenta de análise.

Partindo desse horizonte de compreensão, poder-se-ia entender que, no aborto, o feto ou embrião é tratado/considerado como um simples meio e não como um fim em si mesmo. Tomando por base o imperativo categórico de matriz kantiana “Age de modo que você use a humanidade, seja em sua própria pessoa ou na de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca simplesmente como um meio”, estar-se-ia referindo o imperativo a qualquer norma particular das ações humanas, à lei universal formulada por Kant para todos os homens, de modo que o único fim em si mesmo é o homem (humanidade), que, via de consequência, não deve ser instrumentalizado para alcançar algo.

Nessa linha de considerações, a pessoa (a gestante e/ou casal) que decide abortar tem em causa apenas o próprio bem, ou seja, a consecução do autointeresse. No entanto, poder-se-ia pensar na realização lícita do aborto em momentos em que o embrião não é considerado uma pessoa e ainda não tem consciência? Terá esse embrião *status* moral? Quais *topoi* deverão ser considerados para estruturar uma metódica capaz de promover um tratamento constitucionalmente adequado do regime jurídico do aborto no Brasil?

No que concerne à metodologia, utilizar-se-á o método descritivo-analítico, adotando como premissas as categorias vida, dignidade e autonomia, tal como desenvolvidas no pensamento kantiano.

Para a consecução desse intento, o artigo será dividido em três partes. Na primeira, serão contextualizadas as categorias kantianas da vida, da pessoa e da dignidade. Na segunda, examinar-se-á o paradoxo da vida e do aborto no contexto da dignidade e da realidade do feto, bem como o seu *status* moral. Na terceira e última parte, discutir-se-á acerca da definição dos pontos de vista jurídico-argumentativos que devem balizar metodicamente essa discussão no âmbito da dogmática constitucional brasileira.

1 Dignidade humana, pessoa e vida

O que se deseja é tomar a filosofia kantiana como base para um esforço de análise autocrítica, na qual a razão volta-se sistematicamente sobre si própria, a fim de esclarecer da forma mais precisa possível o fundamento e os limites da validade científica ou normativa.¹

As categorias a serem tratadas neste tópico foram objeto de profunda reflexão no pensamento de Immanuel Kant. Todavia, não foi o “sábio de Königsberg” o criador dessas noções. Desse modo, faz-se necessário percorrer, ainda que muito brevemente, a evolução das ideias de pessoa humana e de dignidade no âmbito do pensamento ocidental que antecederam os escritos de Kant e que lhe serviram, em certa medida, como ponto de partida.^{2,3}

Comparato menciona a existência de duas fases na história da elaboração do conceito de pessoa, que são acompanhadas em grande medida pelo desenvolvimento da noção de dignidade, anterior às formulações levadas a cabo por Kant. A primeira delas remonta ao pensamento grego – com as contribuições de Antífote, Sócrates, Platão⁴ e da filosofia dos estoicos – estendendo-se até o século VI d.C., sofrendo, nesse período, forte influência do cristianismo e dos desenvolvimentos teológicos e filosóficos a partir dele engendrados.⁵

¹ BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2000, p. 28.

² Acerca da influência do pensamento cristão sobre os escritos de Kant, notoriamente lembrado pelas marcas deixadas em sua maneira de compreender o mundo pelo pietismo que professava, recomenda-se a leitura de MARTINS, Nuno Ornelas. *A ética kantiana e o espírito do cristianismo*. Lisboa: Edições 70, 2009.

³ Em que pese essa influência, não se descarta do fato de que uma série de desenvolvimentos formulados por Kant diverge significativamente daqueles engendrados na tradição teológica e filosófica cristã, como, por exemplo, a concepção de dignidade (a ser abordada na sequência desse estudo). Nesse sentido, cf. ROSEN, Michael. *Dignidade: sua história e significado*. Tradução de André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

⁴ Não se pode descarta, nesse período, das contribuições de Aristóteles, consoante a advertência feita por Barreto. Nesse sentido, cf. BARRETO, Vicente P. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 64

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Durante esse período, Comparato noticia o surgimento da expressão “pessoa humana” que decorre da primeira grande discussão conceitual travada entre os doutores da Igreja Católica e que teve por objeto a identidade de Jesus Cristo, explicando, ainda, que nessa concepção religiosa do mundo, a expressão ‘pessoa humana’ não se caracteriza como pleonástica. Veja-se: “No primeiro concílio ecumênico, reunido em Niceia em 325, cuidou-se de decidir sobre a ortodoxia ou heterodoxia de duas interpretações antagônicas da identidade de Jesus: a que o apresentava como possuidor de uma natureza exclusivamente divina (daí o nome de monofisistas atribuído aos partidários dessa crença) e a doutrina ariana, segundo a qual Jesus fora efetivamente gerado pelo Pai, não tendo,

A segunda fase ou período tem início no alvorecer do século VI, com os escritos de Boécio que, ao rediscutir o dogma instaurado a partir do Concílio de Niceia, realizou, em certa medida, a identificação entre os conceitos estoicos de *hypóstasis* (substância) e *prósopon* (aparência), resultando em uma definição clássica de pessoa, adotada integralmente por Santo Tomás de Aquino posteriormente, assim enunciada: *personae proprie dicitur naturae rationalis individua substantia* (“diz-se propriamente pessoa a substância individual de natureza racional”). Nessa definição, a pessoa não mais é vista apenas como uma exterioridade, mas, sim, como a própria substância do homem. Essa concepção lança mão dos conceitos de substância tal como formulado por Aristóteles, isto é, “a forma (ou fôrma) que molda a matéria e dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade”.⁶

Também não se deve menoscar, nessa etapa, as contribuições de Santo Agostinho, de São Tomás de Aquino, de Alcuino e de Pico della Mirandola,⁷ este último autor de obra clássica sobre o tema, intitulada “Discurso sobre a dignidade do homem”, possivelmente, a obra de maior relevo da literatura filosófica surgida na primeira fase do Renascimento. Nessa obra, Pico della Mirandola desenvolve uma concepção renova do cristianismo de sua época, marcada por uma natureza espiritualista e centrada na valorização do homem e do exercício de seu livre arbítrio, o que caracteriza, desde os primórdios, o movimento humanista.⁸

Chega-se, então, ao grande herdeiro da tradição iluminista e, ao mesmo tempo, seu maior expoente teórico: Immanuel Kant. Ele propõe uma forma de filosofar que ele denomina de iluminismo radical, por conta da necessidade por ele defendida de que o pensamento racional deve se tornar autocrítico. Como diz Bielefeldt, para Kant: “Na crítica à razão, a razão volta-se reflexiva sobre si mesma a fim de definir motivo e limites das diferentes reivindicações por validade do ponto de vista teórico e prático, bem como o relacionamento sistemático entre ambos”.⁹

Essa criticidade perpassa por toda a construção de seu sistema, fundando a noção de dever a um princípio moral supremo: o imperativo categórico. Este se alicerça no “critério segundo o qual devemos querer que uma máxima de nosso agir chegue a ser lei universal”.¹⁰

portanto, uma natureza consubstancial a este. Os padres conciliares recorreram, para a solução da controvérsia, aos conceitos estoicos de *hypóstasis* e *prósopon*, decidindo, como dogma de fé que a *hypóstasis* de Jesus Cristo apresentava uma dupla natureza, humana e divina, numa única pessoa, vale dizer, numa só aparência.” (COMPARATO, op. cit., 2010, p. 31.).

⁶ COMPARATO, op. cit., 2010, p. 31-32.

⁷ BARRETO, op. cit., 2013, p. 64

⁸ CASSIRER, Ernest. *Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 131.

⁹ BIELEFELDT, op. cit., 2000, p. 62.

¹⁰ HECK, José Nicolau. *Da razão prática ao Kant Tardio*. Porto Alegre: Edipucrs, 2007. p. 22.

Tomando como referência os elementos, postulados e categorias acima referidos, necessários a uma pré-compreensão mínima do sistema filosófico kantiano, é possível afirmar que Kant define e ressignifica a pessoa humana ampliando esse conceito e vinculando-o à questão da liberdade racional como núcleo da vida moral dos indivíduos, sem a interferência de valores externos ao próprio ser humano.¹¹ Na Doutrina do Direito, Kant conceitua pessoa como o sujeito cujas ações são sujeitas à imputação, caracterizando a personalidade a partir de critérios morais, dependente da liberdade de um ser racional obediente às leis morais.¹²

Assim, Kant introduziu no conceito de pessoa mais do que a racionalidade, na medida em que agrega àquela categoria da personalidade. Para Kant, a personalidade caracteriza-se, também, pela moralidade dos seres racionais. A moralidade por sua vez, consiste na submissão desses seres, enquanto dotados de autonomia, à lei, ou seja, ao agir segundo a representação das leis morais, cujo fundamento é o próprio homem, como fim em si mesmo.¹³ Dentro desse contexto, é válido observar que o *princípio de todas as leis morais encontra-se na autonomia, na autolegislablidade da vontade*.¹⁴

Corolário desse entendimento é que, para Kant, não são, portanto, todos os seres humanos que se caracterizam como pessoas, mas apenas aqueles que estão em condição de agir moralmente (de acordo com leis) e, por isso, ser responsabilizados por seus atos. Logo, para a tradição kantiana, há diferenciação ou dissociação entre a noção de pessoa, enquanto ser moral, e de ser humano, enquanto ser corporal.¹⁵

Deve agregar-se ao já exposto que ele define como característica essencial do ser humano a *socialidade*. Segundo o referido filósofo, seria ela produto da relação de necessidade que um ser humano tem em relação ao outro. Entretanto, seria uma *insociável socialidade*, pois é marca no ser humano o egoísmo, de modo que estamos sempre colocando os nossos interesses acima dos interesses dos demais, o que desencadeia conflitos de diversas ordens e gera um efeito ainda mais desagregador.¹⁶

Quando se trata o indivíduo como mero meio, ou seja, como um mero mecanismo para se alcançar a finalidade posta como prioridade, perdemos a noção de pessoa humana como sendo o principal bem da humanidade. Pode-se dizer que essa perda vai mais adiante, na medida em que se perde a ideia de

¹¹ BARRETTO, Vicente. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. p. 219-257. In: BARBOZA, Heloisa Helena et al. (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹² KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 42.

¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58.

¹⁴ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁵ BARRETTO, op. cit., 2003.

¹⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

que a “pessoa é o fim em si mesma”, com a finalidade de se autorrealizar, pois essa postura do Estado dificulta sobremaneira essa realização da pessoa enquanto fim em si mesma.¹⁷

As ideias de Kant tiveram uma forte influência na seara da saúde (e, também, nas questões do aborto e do feto), contribuições essas apontadas pelo estudioso da área da saúde Axel Kahn.¹⁸ Esse discurso ético aplicado à biologia e à medicina consiste na livre aceitação do dever que a razão apresenta à vontade como sendo necessário e essencial. Desse modo, tem-se uma lei moral, cuja fonte está calcada na razão pura, e é a partir disso que se têm imperativos categóricos como sendo expressão dessa razão. Isso parece justificar até o próprio nome das principais obras de Kant: *Crítica à razão pura* e *Crítica à razão prática*.¹⁹

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, está elencado no rol de direitos fundamentais da Constituição Brasileira de 1988 e recebeu sua formulação clássica por Kant, que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos) e que, assim, formulou tal princípio.

Veja-se:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.²⁰

A outra face da dignidade, para Kant, é uma qualidade de uma classe de coisas que são dotadas de valor e que possuem como cerne a moralidade e a humanidade como sendo capaz de exercer a moralidade.²¹

Ainda a questão da humanidade, pode-se dizer, consoante Dallari, que é inegável o reconhecimento do outro, da pessoa humana, no sentido de que é essencial tal reconhecimento, por mais óbvio que isso possa parecer.²² Talvez esse seja um dos motivos pelos quais se mostra tão relevante a preocupação em “estabelecer” um mínimo de respeito à vida. Diante disso, pode-se citar a dignidade humana como uma formulação que denota essa preocupação em (re) estabelecer a pessoa humana como sendo o principal valor da humanidade.²³

¹⁷ KANT, op cit., 2004.

¹⁸ KAHN, Axel; Papillon, Fabrice. *A clonagem em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

²⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 58 e ss.

²¹ ROSEN, Michael. *Dignidade: sua história e significado*. Tradução de André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética sanitária. In: COSTA, Alexandre Bernardino [et al.]. (Orgs.). *O direito achado na rua – introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD, UnB, 2008. p. 137.

²³ Nesse sentido, cf. BARRETO, op. cit., 2013, p. 64.

A preocupação com a dignidade pode ser vista na própria Declaração Universal de 1948, que estabelece no seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. As referências à dignidade não param aí. Muitos outros documentos fazem alusão a ela. Ou seja, está-se diante de um reconhecimento praticamente universal da dignidade humana, e isso influenciou fortemente o ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Carta Magna de 1988 alude à dignidade humana e a reconhece como um dos fundamentos da República brasileira no artigo 1º.

Na esteira desse entendimento, Sarlet destaca, de modo acurado, que:

Mesmo sendo possível – na linha dos desenvolvimentos precedentes – sustentar que a dignidade da pessoa se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. Aliás, consoante já anunciado, a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função no contexto da intersubjetividade que marca todas as relações humanas, e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para comunidade de pessoas humanas.²⁴

Ora, a dimensão intersubjetiva e comunitária da dignidade humana concita, no atual momento histórico, profundas reflexões. Dentro dessa perspectiva, uma ferramenta teórica importante é fornecida por Barreto, ao resgatar, no âmbito da Filosofia e da Teoria do Direito, a noção kantiana de “direito cosmopolita”, de modo a possibilitar uma ordem jurídica fundada em determinados valores universais. Esse direito cosmopolita transcende a comunidade nacional, pois ele pode ser visto como a norma de uma comunidade planetária; seria um complemento ao direito escrito. Isso torna possível uma leitura moral dos direitos humanos, de modo que possam ser entendidos como uma expressão de valores éticos dentro do sistema jurídico, inclusive no âmbito internacional.²⁵

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 23-24. Sobre o tema, acrescenta Sarlet que: “Neste contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, na esteira de Werner Maihofer e, de certa forma, também retomando a noção kantiana, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em relação aos demais (do ser com os outros), em vez de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual, sem que com isso – importa frisá-lo desde logo – se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade, no sentido de uma funcionalização da dignidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 24).

²⁵ BARRETO, Vicente P. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 377-379. Sobre o direito cosmopolita, Kant destacava o seguinte: “a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação

Destaca-se, quanto a esse ponto, a relevância da contribuição do jusfilósofo Barreto, na medida em que traz para o mirante dos juristas pátrios, em especial para aqueles menos afeitos ao enfrentamento de leituras clássicas,²⁶ a ideia de um direito (cosmopolita) essencialmente humano, pautado pelas categorias de pessoa e de dignidade.

Ressalta ele que a perspectiva a ser utilizada para o seu exame não deve cingir-se apenas do viés jurídico-dogmático/jurídico-constitucional, mas, sim, a partir da articulação deste com as lentes e instrumentos de análise fornecidos pelas filosofias jurídica e moral, uma vez que a dignidade humana “esteve sempre presente como princípio, referência moral obrigatória quando, ainda no século XIX, a escravidão era combatida por ser um atentado contra a dignidade humana”.²⁷

Não podemos olvidar que vinculado à dignidade temos o princípio da inviolabilidade da pessoa. Este, por sua vez, alude que é vedado gerar sacrifício ou gerar dano a uma pessoa contra a sua vontade com base no argumento de que isso beneficiaria outras pessoas ou alguma totalidade supraindividual.²⁸ Mais uma vez, o conceito “de pessoa” é elemento chave para a discussão.

Cabe aqui uma indagação. Quais são os legítimos detentores de direitos? Por certo, ao menos no atual estágio da ciência jurídica, são os seres humanos. Conclui-se, pois, que os direitos existem para o bem da humanidade. No entanto, ainda resta o questionamento em termos kantianos: o que é o homem? O sujeito é uma coisa pensante?²⁹ Pode o feto ser coisa pensante?

Tem-se aqui uma série de questionamentos, cujo enfrentamento toma como “núcleo base” a noção de dignidade enquanto uma categoria superior. Desse modo, se a dignidade apresenta-se como “um qualitativo do gênero humano”, não se pode correr o risco da desumanização, pois isso a colocará (a dignidade)

fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário de código não escrito, tanto do direito político como do direito das gentes, num direito público da humanidade em geral e, assim, um complemento da paz perpétua, em cuja contínua aproximação é possível encontrar-se só sob esta condição” (KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 22.).

²⁶ Sobre a importância da utilização das obras dos autores clássicos no desenvolvimento das ciências sociais, entendimento que pode ser perfeitamente transposto para a reflexão jurídica, cf. ALEXANDER, Jeffrey. “A importância dos clássicos”. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs). *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999. p. 24. Neste texto, encontra-se a seguinte assertiva: “Um clássico é o resultado do primitivo esforço da exploração humana que goza de *status* privilegiado em face da exploração contemporânea no mesmo campo. O conceito de *status* privilegiado significa que os modernos cultores da disciplina em questão acreditam poder aprender tanto com o estudo dessa obra antiga quanto com o estudo da obra de seus contemporâneos [...] essa deferência se faz sem prévia demonstração.”

²⁷ BARRETO, op. cit., 2013.

²⁸ NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010. p. 216.

²⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

em “segundo plano”. Entende-se, portanto, na linha das ideias até então desenvolvidas, que a dignidade é a base, o sustentáculo a partir do qual os indivíduos poderão realizar-se como pessoas, agentes morais com autonomia da vontade e do arbítrio.³⁰ No entanto, é possível questionarmos a relação de paradoxalidade que se apresenta na temática da dignidade relacionada ao aborto, especialmente no que tange à (im)possibilidade do feto ter status moral.

2 O paradoxo da vida e do aborto no contexto da dignidade e status moral do feto

*A evolução não pode ser planejada, ela se nutre dos desvios da reprodução normal.*³¹

A evolução não pode ser “planejada”: ela simplesmente ocorre. No que concerne às teorias que tratam sobre o início da vida, pode-se dizer que a “insegurança” científica ocorre, também, em função da evolução. Ou seja, o sistema biológico é altamente complexo e evoluiu muito, o que gera dificuldades para o sistema da ciência no que concerne a apresentar a sua observação referente ao começo da vida. Dito de outro modo: o sistema da ciência tenta dar respostas para a questão que versa sobre o começo da vida; todavia, face à complexidade, não temos uma única resposta.

Afinal, quando começa a vida? Começa no momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide? Ou quando o óvulo fecundado adere à parede do útero? Ou será que a vida começa quando aparecem as primeiras terminações nervosas que resultarão no cérebro? O feto pode ter vida e status moral? Para tentar responder às perguntas propostas, é necessário que se refaça o caminho das teorias que explicam o começo da vida.

A temática referente às teorias sobre o início da vida é pauta de diversas discussões e controvérsias; não há consenso na comunidade científica. São diversas as discussões acerca do início da vida humana, e elas se baseiam em teorias científicas sob o ponto de vista metabólico, genético, embriológico, neurológico e ecológico. É um tema polêmico desde a antiguidade, uma vez que a temática era objeto das questões mais profundas da filosofia: a gênese da vida.³²

³⁰ BARRETTO, op. cit., 2003.

³¹ LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997. p. 192-193.

³² SADLER, Thomas W. Langman. *Embriologia médica*. Tradutor Fernando Diniz Mundim. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

O início da vida é crucial para a discussão proposta no presente artigo. Várias são as teorias científicas para enfrentar isso, trata-se, apenas, de diferentes formas de enxergar o início da vida. Assim, para fins de recorte de abordagem, sem a pretensão de exaurir a discussão, apresentaremos cinco teorias científicas.³³

Na concepção genética, a vida humana começa na fertilização, quando o espermatozoide e o óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim, é criado um novo indivíduo, um ser humano. Nesse contexto, Sadler³⁴ define que “o desenvolvimento começa pela fertilização, o processo pelo qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o ovócito, unem-se para produzir um zigoto”.

Vejamos as contribuições de Schoenwolf:³⁵

Por causa da união dos cromossomos do ovo e do espermatozoide em uma única célula na fertilização, estabelecendo uma nova célula chamada de zigoto, a fertilização resulta também na produção de uma única célula tendo um genoma único, diferente daquele das células da mãe e do pai.

Para contrapor a ideia apresentada acima, existem cinco argumentos que impedem a certeza dessa teoria científica, a qual afirma que desde a fecundação há pessoa humana. Os argumentos são os seguintes: 1º) A grande maioria dos zigotos não consegue se implantar no útero (não ocorre a nidacão), causando o aborto; 2º) Não se pode falar em pessoa, se não existe individualização antes da gastrulação; 3º) O zigoto possui informação operativa para gerar os processos ulteriores do desenvolvimento, mas, para que haja pessoa, requerem-se também informações operativas exógenas; 4º) O zigoto, sozinho, é potência em termos de informação genética; se não entram em jogo muitos elementos exógenos, a potência que é o zigoto nunca passará a ser ato, somente com seis a oito semanas que o embrião terá as características de formação física e fisiológica; 5º) O processo do zigoto para a pessoa futura não é um contínuo físico, se não um desenvolvimento em continuidade, pois no período embrionário sucedem importantíssimas e decisivas mudanças qualitativas.³⁶

No contexto da visão embriológica, a vida começa a partir da terceira semana de gestação, quando ocorre a gastrulação, o evento mais característico dessa semana, processo que estabelece os três folhetos germinativos (ectoderma, me-

³³ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. In: *Revista Superinteressante*. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005.

³⁴ SADLER, op. cit., 2008.

³⁵ SCHOENWOLF, Gary C.; BLEYL, Steven B.; BRAUER, Philip R.; FRANCIS-WEST, Philippa H. [Revisão científica: Andréa Monte Alto Costa; Tradução: Adriana Paulino Nascimento et al.] *Larsen embriologia humana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

³⁶ MÚNERA, Alberto D. *Concepciones alternativas sobre sexualidad, reproducción, anticoncepción y aborto*. Montevideu, [s.n.], 1993. p. 10-13.

soderma e endoderma), cujas células darão origem a todos os tecidos e órgãos no embrião. Destarte, estabelece-se a individualidade humana, isso porque até 12 dias após a fecundação, o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas.³⁷

Diante desse contexto científico apresentado até então, é oportuno observarmos o entendimento do Supremo Tribunal Federal a esse respeito:

O direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere à Constituição.³⁸

Nota-se, pois, que a construção constitucional não enfrenta os problemas da definição do começo da vida, mas o direito penal objetivou uma discussão complexa estabelecendo que a vida inicia após a fertilização, da seguinte maneira: ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) e feto (após três meses).³⁹

³⁷ MUTO; NARLOCH, Op cit., 2005.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 – Lei de Biossegurança. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 4 jan. 2016. Pela íntima conexão com o tema analisado, transcreve-se o seguinte trecho da ementa do julgado em questão: “[...] III. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta aos “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição [...]”

³⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. II. 2. ed. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007. p. 62.

Para a teoria neurológica, o mesmo princípio de morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, então, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral. Essa é uma corrente que tem crescido de forma grandiosa no mundo inteiro. O problema é que esse período não é consensual. Alguns cientistas dizem que esses sinais cerebrais já existem na oitava semana; outros afirmam que é na vigésima semana.⁴⁰

Vejamos as observações de Barroso:⁴¹

A gênese da vida humana tem início quando o sistema nervoso se forma, ou, pelo menos, quando ele começa a se formar. E isso ocorre por volta do décimo quarto dia após a fecundação, com a formação da chamada placa neural.

Contrariamente à teoria neurológica, a ecológica afirma que a vida tem início com o nascimento, ou seja, para essa teoria, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e que determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, entre a 20^a e a 24^a semana de gestação.⁴²

Nota-se que, para o direito penal, a descrição biológica do início da vida humana não é suficiente para os contornos jurídicos de delimitação da vida, tendo em vista que o que é considerado, em termos biológico-fisiológicos, como existência de uma vida, desligada de outras valorações, não configura realidade suficiente para sua relevância jurídico-penal. Ou seja, se o único critério para determinação do início da vida fosse o biológico-fisiológico, a utilização de métodos impeditivos da nidificação, como a pílula do dia seguinte, constituiria crime de aborto.⁴³ Destaca-se que, na atual quadra da história brasileira, em especial no que concerne ao Congresso Nacional, caminha-se para “criminalizar” e dificultar o uso da pílula do dia seguinte, conforme é possível vislumbrar no Projeto de Lei nº 5.069, apresentado no ano de 2013.

Por fim, a teoria metabólica afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa.⁴⁴ Observa-se que as práticas de masturbação pode-

⁴⁰ MUTO; NARLOCH, op cit., 2005.

⁴¹ BARROSO, Luís R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 691.

⁴² MUTO; NARLOCH, op cit., 2005.

⁴³ GODINHO, Inês F. *Problemas jurídico-penais em torno da vida humana*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. Disponível em: <http://www.uc.pt/fduc/projectos_investigacao/PTDC_CPJ_JUR_111289_2009/pdf/Problemas_vida_humana.pdf>. Acesso em: 4 jan 2016.

⁴⁴ MUTO; NARLOCH, op cit., 2005.

riam ser atentatórias à vida e, por conseguinte, ofenderiam uma “regra de universalidade” da proteção da vida e seriam imorais. Isso denota o quão distante da realidade e da linearidade de raciocínio essa teoria está.

Para fechar a ideia vaga de começo da vida, autores como Durand sustentam a tese de que a vida é um contínuo processo, com início, meio e fim. Para Durand,⁴⁵ a procriação é um processo evolutivo contínuo, desde a fecundação, a primeira divisão celular, até a formação dos órgãos e a constituição completa do ser humano. A biologia distingue diferentes estágios do desenvolvimento como zigoto, mórula, blastocisto, embrião, feto, criança e etc. Todavia, a demarcação precisa desses marcos temporais não pode ser estabelecida. Logo, pode-se considerar a vida um processo de evolução biológica e fisiológica, eminentemente incerto e impreciso.

Diante dos apontamentos anteriores, observa-se que é paradoxal a ideia de vida, especialmente de quando começa a vida. Entretanto, a determinação desse paradigma é crucial para a discussão do aborto e do *status* moral do feto, para o exercício dos direitos.

Costas Douzinas nos adverte que o exercício de algum direito depende, fielmente, da provisão de algumas “precondições materiais”, ou seja, a efetividade depende de um determinado contexto. O autor cita o exemplo do aborto: a Lei do Aborto de 1967, nos Estados Unidos, possibilitou o direito legal ao aborto diante de determinadas circunstâncias; todavia, essa possibilidade jurídica dependia de várias provisões médico-sanitárias, atendimento, financiamento, serviços de apoio, dentro outras. Marx e Burke já aludiram à ideia de que um direito, abstratamente falando, não significa muito se não há recursos materiais, institucionais e quicá emocionais para a sua efetivação.⁴⁶

Pensar no direito ao aborto e na relação paradoxal que se estabelece com o *status* moral do feto nos remete, também, à discussão da natureza deontica do direito; validade e eficácia, nessa natureza, estão separadas de modo estéril. É preciso, sim, considerar a dependência do contexto na efetivação/concretização dos direitos, inclusive os direitos envolvidos na temática árida do aborto e do *status* moral do feto, ou seja, no direito à vida.⁴⁷

Nessa seara, observa-se que direito e sujeito vêm à vida juntos. O sujeito é considerado jurídico porque é um *subjectus* construído, é uma ficção legal. No direito moderno, os seres humanos foram redefinidos como criaturas de vontade e desejo. A condição para ser ser humano e para ser sujeito jurídico é a constituição das totalidades dos reconhecimentos legais e das relações jurídi-

⁴⁵ DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

⁴⁶ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

⁴⁷ DOUZINAS, op. cit., 2009.

cas. Douzinas nos adverte de que *uma criança nasce para sua mãe e torna a nascer perante a lei. Desde o nascimento, e, em alguns casos, desde a concepção, o ser humano torna-se mais ou menos um sujeito jurídico*.⁴⁸ Nota-se a imprecisão do marco temporal quando o autor menciona concepção e a expressão “mais ou menos”. Como, então, falar de um *status* moral do feto?

Vejamos a discussão acerca do sujeito:

[...] O sujeito jurídico é um lugar metafórico em que várias capacidades e vários poderes atribuídos pela lei convergem, uma tela sobre a qual diferentes condições e estados jurídicos são pintados, conferindo à pessoa seu amplo contorno e definição. Regras jurídicas não se dirigem a pessoas reais, mas à personalidade jurídica criada pela lei para representar a pessoa humana.⁴⁹

Qual é a “pintura” que define a pessoa? E, por conseguinte, como a regra estabelece os contornos da representação da pessoa humana? Essas são inquietações que ainda “desassossegam”.

Uma criatura ou ser possui um *status* moral se e somente se seus interesses forem moralmente relevantes e valiosos a ponto de merecerem ou demandarem proteção e tutela.

Há quem defenda que o *status* moral pode ser conceituado em grau absoluto, relativo ou inexistente, sendo que há quatro principais categorias para sua diferenciação. Para isso, consideram-se alguns fatores ou características, quais sejam: a capacidade cognitiva sofisticada; a aptidão para desenvolver capacidade cognitiva sofisticada; a capacidade cognitiva rudimentar e ser membro de uma espécie com capacidade cognitiva sofisticada.⁵⁰

Dentro dessa ideia das capacidades, é oportuno analisarmos que Kant⁵¹ definiu o conceito de autonomia juntamente com a capacidade de decidir racionalmente. Essa seria a maior capacidade intelectual sofisticada e, também, seria a base para a dignidade do ser racional.

Pode-se falar de um *status* moral relativo, tendo em vista que não há consenso sobre o que poderia classificar os diferentes graus de *status* moral, tampouco sobre como e quando começaria a vida.

No que tange ao *status* moral do nascituro, temos duas correntes de pensamento:⁵² os que acreditam que o feto somente passa a ter *status* moral no momento em que atinge algum nível de consciência e aqueles que, pelo modo de pensar gradualista, acreditam que o feto, desde a concepção, já merece ter o direito à vida preservado.

⁴⁸ DOUZINAS, op. cit., 2009, p. 242.

⁴⁹ DOUZINAS, op. cit., 2009, p. 242.

⁵⁰ LIAO, S. Matthew. The Genetic Account of Moral Status: A Defense. *Journal of Moral Philosophy*. Boston, 2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ljj5c6w>>. Acesso em: 4 jan 2016.

⁵¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 79.

⁵² LITTLE, Maggie. *Early Human Life – Modest Moral Status*. 2013. 1 post. (7 min 40 s). Postado em: 2013. Disponível em: <<http://tinyurl.com/o8qsjre>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

Cabe a pergunta: quando o feto atinge certo nível de senciência? A partir de qual momento biológico o feto atinge o *sapere*?

No que concerne à primeira corrente, que leva em consideração as categorias de diferenciação capacidade cognitiva sofisticada e capacidade cognitiva rudimentar, a senciência a capacidade de sofrer ou de sentir prazer e felicidade. Para essa corrente, as necessidades biológicas não são suficientes para que o organismo possua *status* moral e, por consequência, para que seja detentor de proteção. Para essa corrente, somente há a necessidade de proteção quando existir a senciência. O exemplo utilizado pela filósofa americana Maggie Little⁵³ traduz a ideia abordada nesse parágrafo: há consenso na ideia de que o corpo humano pode existir sem a mente, eis que pode haver morte cerebral em um corpo humano ainda vivo – as funções biológicas podem continuar a funcionar muito após o cérebro ter morrido. Nesse sentido, já não há mais a pessoa *per se*, há somente o corpo – a pessoa, porém, não existe sem a mente; o *status* moral deixa de existir após a morte do cérebro. Seguindo essa linha de raciocínio, o corpo existe também antes da formação da pessoa e, assim sendo, antes do *status* moral, antes da intrínseca necessidade de proteção. Nesta perspectiva, o aborto é permissivo nos primeiros meses da gravidez, eis que o ser humano nunca foi embrião: passou a existir somente após a senciência, ou seja, em algum momento após a metade da gestação.

Na perspectiva gradualista, não há um momento específico em que o feto adquire *status* moral. Esta corrente, vinculada às categorias aptidão para desenvolver capacidade cognitiva sofisticada e ser membro de uma espécie com capacidade cognitiva sofisticada, indica que o feto, desde sua concepção, possui *status* moral relativo e, à medida que vai se desenvolvendo, passa a ter, gradualmente, maior grau de *status* moral. Assim, não há um momento específico em que o embrião se torna ser humano e, por isso, detentor de *status* moral absoluto – o embrião, desde a concepção, é um ser humano em desenvolvimento. Quanto maior o nível de desenvolvimento, maior a proteção de que é merecedor.⁵⁴ Sendo assim, uma vez concebido, o feto merece proteção, cujo nível aumenta na medida em que o nascituro se desenvolve e, assim, adquire maior *status* moral. Mas o problema da definição do lapso temporal ainda persiste. E mais: como discutir o aborto e o status moral do feto nesse contexto?

⁵³ LITTLE, op. cit., 2016.

⁵⁴ LITTLE, op. cit., 2016.

3 **A importância de uma metódica constitucionalmente adequada para o tratamento do aborto no sistema jurídico brasileiro**

Para que se possa, ainda que em caráter preliminar, desenvolver uma metódica de matriz constitucional apta a permitir, a partir das reflexões acerca do status moral do feto é necessário atentar a alguns aspectos fundamentais, que serão agora analisados.

Primeiramente, salienta-se que a noção de metódica constitucional é compreendida, no âmbito do presente trabalho na esteira do pensamento de Friedrich Müller. Ele desenvolveu a chamada metódica estruturante do direito, na qual a normatividade se verifica plenamente em face apenas da decisão do caso concreto. Para ele, o processo de aplicação do direito, entendido como concretização toma por base não só o texto normativo e os métodos de interpretação a ele tradicionalmente vinculados (métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico) – que ele denomina de programa da norma e descreve como “a parte visível do “iceberg normativo” –, mas também a realidade social e/ou jurídica que subjaz a esse programa – definida por Müller como área ou âmbito da norma. Essa concepção teórica parte do reconhecimento de dois aspectos cruciais: que o direito possui caráter dinâmico e que não prescinde da mediação da linguagem para sua aplicação. Com base em tais premissas, Müller elabora uma abordagem pragmática, responsável por considerar as possíveis variantes linguísticas no significado do texto normativo, tomando por base o contexto do caso individual a ser analisado, que tem por objetivo superar as limitações metódicas do positivismo jurídico no processo de aplicação do direito.⁵⁵

Parte da área da norma responsável a ser construída relativamente ao aborto consiste no entendimento, alicerçado na filosofia política de John Rawls, de que a relação entre um governo democrático constitucional e a cidadania deve ser pautada por valores morais e políticos conformadores da ideia de razão pública, sendo que esta caracterizada como aquela que “especifica os valores políticos fundamentais e como a relação política deve ser compreendida”.⁵⁶

⁵⁵ O instigante pensamento de Friedrich Müller tem sido intensamente difundido no Brasil, tendo na figura de Paulo Bonavides o seu primeiro e, possivelmente, mais importante divulgador. Para um aprofundamento das ideias desse jurista alemão, aqui expostas de modo extremamente sucinto recomenda-se a análise, dentre outras, das seguintes obras: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Tradução Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995; MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. Trad. Peter Naumann e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁶ RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

Acrescenta Rawls que essa ideia não é aplicável a todas as discussões envolvendo questões políticas fundamentais nos mais diferentes espaços, mas apenas aquelas travadas no fórum político público, como, por exemplo: as decisões dos juízes; os discursos do Poder Executivo e dos legisladores e o discurso dos candidatos a cargos públicos. Tal delimitação no espectro de incidência da razão pública leva ao questionamento sobre qual o papel das pessoas que não desempenham tais funções governamentais ou se apresentam como postulantes a elas na realização do ideal da razão pública. Em resposta, Rawls sustenta que os indivíduos devem perceber-se como se fossem legisladores, refletindo e se questionando acerca de quais leis deveriam ser aprovadas uma vez escrutinadas pelos critérios de reciprocidade, tendo por pressuposto que as razões colocadas por determinado cidadão no debate público seriam razoavelmente aceitas por todos.⁵⁷

Por fim, um outro conceito rawlsiano, já incorporado ao debate constitucional brasileiro deve ser considerado: o desacordo moral razoável. O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar os uma série de argumentos invocados e contra a interrupção da gestação de feto anencefálico, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, discute a possibilidade, diante da ordem constitucional brasileira, da interrupção da gestação nos casos de fetos anencefálicos, julgada procedente pelo Plenário da Corte Suprema, tratou deste tema.⁵⁸

Luiz Roberto Barroso, então subscritor da petição inicial da referida ADPF, contribuiu decisivamente para o debate dessa questão, quando escreveu artigo doutrinário sobre o tema trazendo à baila, em perfeita sintonia com o pensamento de John Rawls, o conceito de “desacordo moral razoável”, compreendido como “aquele que tem lugar diante da ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis”.⁵⁹

John Rawls defende que, em uma sociedade democrática – como a brasileira se pretende, nos termos do art. 1º da CRFB/1988 –, verifica-se com frequência existência de uma pluralidade de ideias religiosas, filosóficas e morais, não raramente incompatíveis entre si. Contudo, em que pese essa incompatibilidade,

⁵⁷ RAWLS, J., op. cit., 2000.

⁵⁸ STF, ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013): “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

⁵⁹ BARROSO, op. cit., 2006.

tibilidade, tais ideias antinômicas não perdem seu caráter de razoabilidade, na medida em que decorrem de “procedimentos que expressam princípios e concepções requeridos pela razão prática”.⁶⁰

Assim, será tarefa do legislador e, notadamente, da jurisdição constitucional deliberar sobre essa questão ensejadora na qual resta plenamente caracterizado o desacordo moral razoável, como já sinalizado, ao tratar-se do status moral do feto, por meio da retirada cotidianidade da política ordinária de determinados princípios e direitos, considerados supremos e invioláveis, de modo a protegê-los contra maiorias eleitorais irresponsáveis. Nesse sentido, bem ilustra Dworkin:

Todos concordam que a Constituição proíbe certas formas de legislação ao Congresso e aos legislativos estaduais. Mas nem juízes do Supremo Tribunal nem especialistas em Direito constitucional nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela proíbe exatamente, e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência. Portanto, parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas. Como isso pode conciliado com a democracia?⁶¹

“Por fim, destaca-se que a dignidade da humana tem cumprido nos sistemas jurídicos contemporâneos o papel de “ponto de partida” ou de postulado inicial da ordem jurídico-positiva, tendo em vista ser considerado o valor nuclear (ou primeiro princípio) positivado nas mais diversas constituições dos dias atuais, fonte de todos os demais, portanto, sendo essa, inclusive, a sua fundamental importância jurídica. Desse modo sua aplicação deve assumir caráter eminentemente subsidiário.”⁶²

Na situação que se examina, tem-se a possibilidade de conflitar-se a dignidade de pelo menos dois entes distintos: a gestante e o feto, isso sem contar a dignidade do futuro pai e cogenitor, muitas vezes desprezada na argumentação jurídico-constitucional que se desenvolve sobre o tema. Poder-se-ia cogitar aqui o conflito, *prima facie*, entre os seguintes direitos fundamentais, a serem ponderados caso a caso: vida do feto; direito ao livre desenvolvimento da personalidade da gestante, sob o aspecto da livre disposição do próprio corpo; direito ao livre desenvolvimento da personalidade do genitor, no sentido de direito à paternidade e; o direito à saúde pensado em sua dimensão coletiva. Logo, conclui-se pela não utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como *topos* argumentativo, na medida em que, como mencionado há outras normas jurídicas francamente aptas a conduzir a uma solução adequada, e, como bem adverte Barreto:

⁶⁰ RAWLS J., op. cit., 2000

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁶² BARRETO, op. cit., 2013. p. 67.

Tudo passa a ser uma questão de dignidade e com isto o sistema jurídico esvazia-se de qualquer sentido normativo. A proliferação do uso indiscriminado do princípio da dignidade humana na argumentação judicial faz com que se encontre onipresente, mesmo quando o próprio texto de lei atende às necessidades da ordem jurídica.⁶³

Considerações finais

O conceito de pessoa, apresentado por Kant, é mais do que a racionalidade, na medida em que agrega a ela a categoria da personalidade. A personalidade caracteriza-se pela moralidade dos seres racionais. A moralidade por sua vez, consiste na submissão desses seres, enquanto dotados de autonomia, à lei, ou seja, ao agir segundo a representação das leis morais, cujo fundamento é o próprio homem, como fim em si mesmo. É nesse contexto de pessoa que se discutiu a (im)possibilidade do *status* moral do feto.

Nem todos os seres humanos se caracterizam como pessoas, mas apenas aqueles que estão em condição de agir moralmente (de acordo com leis); logo, podem ser responsabilizados por seus atos. Assim, para a tradição kantiana, há diferenciação ou dissociação entre a noção de pessoa, enquanto ser moral, e de ser humano, enquanto ser corporal.

Quando se trata o indivíduo como mero meio, ou seja, como um mero mecanismo para se alcançar a finalidade posta como prioridade, elidimos a noção de pessoa humana (e de dignidade também) como sendo o principal bem da humanidade.

O reconhecimento da dignidade pode ser visto na própria Declaração Universal de 1948, que estabelece, no seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Está-se diante de um reconhecimento praticamente universal da dignidade humana. Isso corroborou o reconhecimento da dignidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Carta Magna de 1988 alude à dignidade humana e a reconhece como um dos fundamentos da República brasileira, no artigo 1º.

Douzinas nos convida a indagar e refletir: quais são os legítimos detentores de direitos? Por certo, ao menos no atual estágio da ciência jurídica, são os seres humanos. Conclui-se, pois, que os direitos existem para o bem da humanidade. No entanto, ainda resta o questionamento em termos kantianos: o que é o homem? O sujeito é uma coisa pensante? Pode o feto ser coisa pensante?

Os questionamentos não tinham a pretensão de serem esgotados ou respondidos, apenas abriu-se espaço para a discussão do “núcleo base” da noção de dignidade enquanto uma categoria superior.

⁶³ BARRETO, op. cit., 2013. p. 67.

No que concerne à vida, é oportuno observar que a ciência, no que tange à análise de quando começa a vida efetivamente, ainda não dá respostas para a questão; não temos uma única resposta. O começo da vida é pertinente para a discussão do *status* moral do feto, pois, se no feto já há vida, então temos de, necessariamente, retomar o “núcleo base” da dignidade como categoria superior.

Mas, afinal, quando começa a vida? Ainda não temos uma resposta pronta e acabada para essa pergunta. Desde a antiguidade, a temática foi objeto das questões mais profundas da filosofia: a gênese da vida. Nota-se, pois, que é ambivalente a ideia de vida, especialmente de quando começa a vida. A determinação desse paradigma é crucial para a discussão do aborto e do *status* moral do feto.

O tema do aborto no direito ainda é paradoxal, assim como o *status* moral do feto. Estamos lado a lado com a discussão da natureza deôntica do direito, da validade e da eficácia, separadas de modo estéril. O direito e o sujeito vêm à vida juntos. O sujeito é considerado jurídico porque é um *subjectus* construído, é uma mera ficção legal.

Usando a metáfora da pintura, questiona-se: Qual é a “pintura jurídica” que define a pessoa? Como a regra estabelece os contornos da representação da pessoa humana? Essas são inquietações que ainda “desassossegam” e desafiam muito o direito e a moral.

A criatura ou ser possui moral se e somente se seus interesses forem moralmente relevantes e valiosos a ponto de merecerem proteção e tutela. Há quem defenda que o *status* moral pode ser conceituado em graus absoluto, relativo ou inexistente.

Para o enquadramento nessas diferentes escalas, considera-se a capacidade cognitiva sofisticada; a aptidão para desenvolver capacidade cognitiva sofisticada; a capacidade cognitiva rudimentar; e ser membro de uma espécie com capacidade cognitiva sofisticada (como a humana, por exemplo).

É aceitável pensar-se num *status* moral relativo, tendo em vista que não há consenso sobre o que poderia classificar os diferentes graus de *status* moral, tampouco sobre como e quando começaria a vida? Talvez sim. A partir das discussões apresentadas nesse trabalho, restam mais inquietações e desassossegos do que respostas prontas e acabadas.

No que tange ao *status* moral do feto, temos duas correntes acerca do tema. Uma entende que o *status* moral é atingido no momento em que se tem algum nível de senciência, e a segunda compreende que há *status* moral desde a concepção.

Mas o que seria “atingir certo nível de senciência”? A partir de qual momento biológico o feto atinge o *sapere*?

No que tange à primeira corrente, que considera as categorias de diferenciação e de capacidade cognitiva sofisticada/rudimentar, a senciência a capacidade de sofrer ou sentir prazer e felicidade. As meras necessidades biológicas não são suficientes para que o “organismo” possua *status* moral e, por consequência, para que seja detentor de proteção.

Para a segunda corrente, não existe um momento específico em que o feto adquire *status* moral. Esta corrente, vinculada às categorias aptidão para desenvolver capacidade cognitiva sofisticada, indica que o feto, desde sua concepção, possui *status* moral relativo e, à medida que vai se desenvolvendo, passa a ter, gradualmente, maior grau de *status* moral. Assim, não há um momento específico em que o embrião se torna ser humano e, por isso, detentor de *status* moral absoluto – o embrião, desde a concepção, é um ser humano em desenvolvimento. O problema da definição do lapso temporal subsiste.

A consciência da inconsciência da vida é o mais antigo imposto à inteligência.⁶⁴

Fernando Pessoa, há tempos, já observou um dos principais desassossegos que este trabalho apresentou: temos mais perguntas do que respostas para a reflexão do *status* moral do feto.

Referências

ALEXANDER, Jeffrey. “A importância dos clássicos”. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.

BARRETO, Vicente P. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARRETO, Vicente P. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARRETO, Vicente. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. p. 219-257. In: BARBOZA, Heloisa Helena et al. (Orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís R. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Trad. Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 – Lei de Biossegurança*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

⁶⁴ PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*. Lisboa: Ática, 1982.

- CASSIRER, Ernest. *Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Ética sanitária. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. (Orgs). *O direito achado na rua – introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD, UnB, 2008.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumento*. Trad. de Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.
- GODINHO, Inês F. *Problemas jurídico-penais em torno da vida humana*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2009. Disponível em: <<http://www.uc.pt/fduc/>>
- HECK, José Nicolau. *Da razão prática ao Kant Tardio*. Porto Alegre: Edipucrs, 2007.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KAHN, Axel; Papillon, Fabrice. *A clonagem em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.
- KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LIAO, S. Matthew. The Genetic Account of Moral Status: A Defense. *Journal of Moral Philosophy*. Boston, 2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ljj5c6w>>. Acesso em: 4 jan. 2016.
- LITTLE, Maggie. *Early Human Life – Modest Moral Status*. 2013. 1 post. (7 min 40 s). Postado em: 2013. Disponível em: <<http://tinyurl.com/o8qsjre>>. Acesso em: 3 jan. 2016.
- LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Orgs.). *Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1997. p. 192-193.
- MARTINS, Nuno Ornelas. *A ética kantiana e o espírito do cristianismo*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. Trad. Peter Naumann e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MÚNERA, Alberto D. *Concepciones alternativas sobre sexualidade, reproducción, anticoncepción y aborto*. Montevideo, [s.n.], 1993. p. 10-13.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro instante. In: *Revista Superinteressante*. São Paulo: Editora Abril, nov. de 2005.

NINO, Carlos Santiago. *Ética e direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. v. II. 2. ed. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo. 2007.

RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

ROSEN, Michael. *Dignidade: sua história e significado*. Trad. de André de Godoy Vieira. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

SADLER, Thomas W. Langman. *Embriologia médica*. Trad. Fernando Diniz Mundim. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHOENWOLF, Gary C.; BLEYL, Steven B.; BRAUER, Philip R.; FRANCIS-WEST, Philippa H. [Revisão científica: Andréa Monte Alto Costa; Tradução: Adriana Paulino Nascimento et al.] *Larsen embriologia humana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.