

DIREITO AO ABORTO E DIREITO À VIDA: AS PERGUNTAS E AS RESPOSTAS QUE IMPORTAM

THE RIGHT TO ABORTION AND THE RIGHT TO LIFE: THE QUESTIONS AND ANSWERS THAT
MATTER

DERECHO AL ABORTO Y DERECHO A LA VIDA: LAS PREGUNTAS Y LAS RESPUESTAS QUE
IMPORTAN

Rafael Mafei Rabelo Queiroz¹

RESUMO

O propósito deste artigo é trazer uma apreciação filosófica organizada de alguns pontos centrais do debate relativo à ampliação do direito ao aborto. Ao organizar os principais argumentos sobre o tema, tendo por base trabalhos de filósofos da moral e do direito que nas últimas décadas dedicaram-se a ele, o artigo pretende não só ampliar a capacidade analítica sobre o assunto, como também refinar a capacidade de deliberação consistente a seu respeito. Nesse sentido, aproveita a todos aqueles que tenham de argumentar em torno de decisões práticas relativas ao aborto e aos direitos a ele relacionados. A primeira parte do artigo cuidará dos conceitos de vida, pessoa e dignidade no âmbito das discussões sobre o direito de abortar. A segunda parte cuidará dos potenciais conflitos de interesses morais do feto e da gestante. A terceira parte analisará o direito de aborto sob o ponto de vista da responsabilidade da gestante por seus atos.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto. Conceito de pessoa. Autonomia. Dignidade humana. Responsabilidade. Direito à vida.

ABSTRACT

The purpose of this article is to provide an organized philosophical understanding regarding focal points of the debate on the right to abortion. In doing so, and supported by arguments of legal and moral philosophers who have written about this issue over the past few decades, this article seeks not only to promote an analysis of the subject of abortion, but also to refine the ability to deliberate on the right to abortion. The first part of the article discusses the concepts of life, person and dignity in the scope of discussions on abortion. The second part discusses the potential conflicts of moral interest between those of the pregnant woman and those of the fetus. The final part addresses the pregnant woman's moral responsibility for her acts.

KEY WORDS: Abortion. Concept of person. Autonomy. Human dignity. Responsibility. Right to life.

RESUMEN

El propósito de este artículo es presentar una apreciación filosófica organizada de algunos puntos centrales del debate relativo a la ampliación del derecho al aborto. Al organizar los principales argumentos sobre el tema en base a trabajos de filósofos de la moral y del derecho que en las últimas décadas se dedicaron al mismo, el artículo pretende no solo ampliar la capacidad analítica sobre el asunto, sino también refinar

1 Professor Universitário. Coordenador de Pesquisas e Metodologia do Ensino na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), São Paulo-SP. Doutor em Direito pela USP. Contato: rafael.queiroz@fgv.br

la capacidad de deliberación consistente a su respecto. En ese sentido, incluye a todos aquellos que han argumentado acerca de decisiones prácticas relativas al aborto y a los derechos con él relacionados. La primera parte del artículo se ocupará de los conceptos de vida, persona y dignidad en el ámbito de las discusiones sobre el derecho de abortar. La segunda parte se ocupará de los potenciales conflictos de intereses morales del feto y de la gestante. La tercera parte analizará el derecho de aborto bajo el punto de vista de la responsabilidad de la gestante por sus actos.

PALABRAS CLAVE: Aborto. Concepto de persona. Autonomía. Dignidad humana. Responsabilidad. Derecho a la vida.

INTRODUÇÃO²

O objetivo deste artigo é fornecer uma apreciação filosófica organizada de algumas questões envolvidas no debate a respeito do direito de aborto por livre opção da gestante. Por ocasião da eleição presidencial de 2010, o tema voltou à pauta da esfera pública com muita força. Entretanto a questão do direito ao aborto envolve distintas dimensões, todas muito diferentes entre si e de grande complexidade, o que não favorece o desenvolvimento de debates organizados que efetivamente possibilitem ganhos de entendimento ou refinamento de posturas muitas vezes intuitivas que se tem a esse respeito. Este texto pretende reorganizar uma parte deste debate e oferecer respostas a algumas de suas questões latentes.

Lançar-se ao propósito de organizar uma discussão que se enxerga desorganizada pressupõe que se tenha alguma compreensão das razões de sua desorganização. Parte-se aqui do pressuposto de que a verdadeira divergência de opiniões que impede um avanço qualitativo do tema do direito ao aborto no Brasil não está no campo jurídico-positivo, nem no campo religioso, e nem no campo das políticas públicas de saúde. Isso não significa dizer que não haja divergências legais, religiosas ou de políticas públicas sobre a matéria; significa, isto sim, dizer que não estão em nenhum desses campos os maiores obstáculos de deliberação pública que impedem que a discussão sobre o aborto avance. Em outros países em que polêmicas jurídicas, religiosas e de política pública sobre o aborto existem em profusão, o debate a respeito do direito ao aborto ainda assim logrou avançar - para mais ou menos liberação, não importa - de uma forma a que não se assistiu no Brasil. O pressuposto deste texto é que a dificuldade central das polêmicas em torno do aborto está em suas dimensões éticas, tanto públicas quanto privadas, e que sem que a questão seja apresentada nos termos de um debate dessa natureza, a obscuridade a seu respeito permanecerá a impedir qualquer ganho de compreensão útil.

Este pressuposto determina um método de análise que, por sua vez, imprime características particulares a este texto. Em primeiro lugar, ele não ficará tão preso a literalidades de textos normativos positivados. Uma das hipóteses com que se trabalha aqui é que a questão sobre o aborto não seria tão polêmica caso a sua resposta estivesse escondida em palavras ou conceitos legais ou constitucionais: há muitos juristas de notório saber, exímios conhecedores do Código Penal, da Constituição, de tratados internacionais e de boas técnicas de hermenêutica jurídica, que se ocupam do aborto sob o prisma jurídico-positivo; se as respostas às polêmicas estivessem na Constituição, no Código Penal ou nos tratados, elas já teriam sido encontradas a esta altura. Algumas vezes, é claro, tais documentos serão aqui mencionados, mas não para que se procure neles a autoridade decisória sempre buscada pelos juristas: eles serão apenas um elemento adicional na procura das melhores e mais consistentes razões que devem ser ponderadas nas deliberações pertinentes ao problema aqui posto. Em segundo lugar, este texto será menos dissertativo e mais assertivo: em vez de discorrer longamente sobre conceitos e posições doutrinárias, ele lançará perguntas práticas, ou seja, dúvidas sobre ações praticáveis,³ como

2 Agradeço ao colega José Garcez Ghirardi pelas profundas discussões sobre este tema. Nossa discordância sobre a extensão do direito de aborto, somada à qualidade de seus argumentos, ajudam-me muito no refinamento dos meus. Os argumentos deste texto foram também discutidos com Rubens Glezer, que deu opiniões não menos úteis. A ambos sou grato. Aquilo que o texto eventualmente tiver de bom deve-se em boa parte a eles; as partes que ainda precisam de melhorias provavelmente são aquelas em que não acatei as sugestões de ambos.

3 Ações praticáveis são aquelas sobre as quais deliberamos utilizando racionalidade prática. A ética é a disciplina que delas se ocupa por excelência. Sobre razão prática e sua distinção em relação a outras racionalidades, v. BERTI,

convém a uma discussão que se enxerga ética em sua natureza,⁴ e procurará respondê-las de forma direta. A "cientificidade" do argumento, e aqui destaca-se uma terceira característica do texto que o diferirá de seus congêneres jurídicos, estará em ele tentar abarcar e afastar fundamentadamente as principais opiniões contrárias às do autor, como se a resposta sustentada fosse uma hipótese testada por refutação.⁵ Finalmente, o texto buscará não tanto avolumar autores, e sim avolumar argumentos: preocupa-se principalmente em compreender a resposta oferecida a cada questionamento e avaliar a pertinência, ou não, do argumento em questão.

O objeto específico deste artigo é um pequeno conjunto que questões substantivas a respeito da postura que um Estado deve tomar diante da eventual escolha de interrupção voluntária da gestação que uma gestante faça. Assim, e já apresentado os seus pontos centrais em forma de questões diretas como foi prometido, o tema central deste escrito pode ser apresentado em pergunta de ética pública: é certo que o Estado, sob a justificativa de agir em defesa do direito à vida de um feto, impeça a gestante que o carregue de recorrer a um aborto por razões de foro íntimo?

Este texto defenderá a posição de que a melhor resposta a essa questão é negativa. Essa resposta pressupõe a negação da premissa tradicionalmente utilizada para dispensar a pergunta do parágrafo anterior. Essa premissa costuma sustentar, em suma, que a vida é o bem jurídico máximo e que a Constituição manda que sua proteção seja absoluta. Mas, se nos atentarmos bem, a Constituição não diz isso. A inviolabilidade do direito à vida, mencionada no *caput* do Artigo 5º, além de ser relativizada pelo próprio inciso XIX daquele artigo, que prevê hipóteses, mesmo que restritas, de cabimento de pena de morte,⁶ é expressamente atribuída a "brasileiros e estrangeiros residentes no país",⁷ referindo-se, portanto, a seres humanos dotados de direitos de personalidade, de que a nacionalidade é parte,⁸ que não se tem (não todos, e nem em igual intensidade) desde a concepção. Em segundo lugar, e agora se afastando da literalidade constitucional, porque a derivação de um direito absoluto à vida do princípio da dignidade da pessoa humana⁹ - este sim, absoluto - não é um passo filosófico simples de se dar. Há outras coisas compreendidas dentro da dignidade humana, além de estar vivo. A autonomia moral é o exemplo mais claro disso. Esses outros elementos podem, em certos casos, colocar em segundo plano o dever moral de se viver ou o dever político de proteção da vida humana, como sugerem as hipóteses em que a eutanásia tem forte apelo moral: neles, discutem-se justamente as circunstâncias em que a dignidade exige que se franqueie a autonomia para que o sujeito opte deliberadamente por deixar de viver, ou que a família opte pela morte de um ente querido. Por isso, o argumento de que a pertença do direito à vida ao campo da dignidade implica um direito absoluto à vida é um *non sequitur*. É também por isso que aqui se insiste que a resposta à polêmica do direito ao aborto não está na literalidade de nenhuma norma jurídica positivada.

Enrico. **As Razões de Aristóteles**. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002. Para uma explícita relação entre deliberação prática e deliberação jurídica, v. RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford UP, 1990, p. 149 e ss.

4 Sobre a relação entre ética e ações praticáveis, v. FINNIS, John. **Fundamentals of Ethics**. Washington D.C.: Georgetown, 1983, p. 1-23.

5 Este método é análogo ao teste da falsificabilidade de Karl Popper. Sobre a pertinência deste método para a deliberação jurídica e a "cientificidade" que ele confere à resposta de problemas jurídicos difíceis, v. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Régla y Compás*. 2006. In: COURTIS, Christian. **Observar la Ley: Ensaio sobre Metodología de la Investigación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 42-68.

6 "Não haverá penas (...) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX" (BRASIL, 1988, art. 5º, XLVII, "a").

7 "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes" (BRASIL, 1988, art. 5º). A expressão final do *caput* - "nos termos seguintes" - mostra de plano o caráter não absoluto desses direitos. A questão central é saber sob quais circunstâncias a eventual restrição desses direitos, em favor de outros, é compatível com, ou mesmo exigida por, um Estado Democrático de Direito. Esse tem sido o esforço dos autores que têm buscado construir as atuais teorias dogmáticas de direitos fundamentais.

8 Sobre o direito de nacionalidade como direito de personalidade, veja-se a opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente à proposta de modificação da constituição da Costa Rica a respeito da naturalização (CIDH. **Proposta Consultiva OC-4/84**. 1984).

9 Para o direito à vida como derivação da dignidade da pessoa humana como fundamento de criminalização mandatória do aborto, v. ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143-144.

1 VIDA, PESSOA E DIGNIDADE

Os conceitos de “vida”, “pessoa” e “dignidade” fornecem o núcleo duro dos dilemas morais pertinentes à polêmica do direito de aborto no enfoque aqui compreendido. A formulação de uma posição consistente a seu respeito depende de uma compreensão esclarecida e, sobretudo, claramente explícita em seus fundamentos desses conceitos em sua dimensão moral, e não meramente médicos. Se feto e gestante estão ligados por determinantes biológicos que os forcem a serem considerados conjuntamente, os conceitos de vida, pessoa e dignidade e a maneira de sua articulação equilibrada são, no campo da moralidade, os produtos dessa determinante.

O fenômeno que moralmente valoramos como vida e que fundamenta a grande importância que um direito fundamental à vida tem em nosso imaginário não é coincidente com o fenômeno biológico da vida. Cientificamente, ter vida é estar vivo. Do ponto de vista ético, não; estar vivo não necessariamente implica *ter uma vida*. Até uma determinada fase da gestação, o feto está vivo, mas não tem uma vida, no sentido ético e moralmente relevante. Nesse sentido, a pessoa, dotada de dignidade, é o ser moralmente relevante que *tem uma vida*, não bastando que *esteja vivo*.¹⁰

Uma pessoa, que está viva e tem uma vida, tem um conjunto de características morais que faz dela objeto de especial consideração por parte do direito e da filosofia moral. Esse conjunto é o que lhe permite sentir prazer e dor, estabelecer laços afetivos, construir família, ter amigos, representar desejos, ter aspirações de felicidade, cultivar paixões e buscá-las, traçar planos de vida, gozar de experiências lúdicas, buscar ser feliz.¹¹ Ter uma vida é, enfim, estar vivo naquilo que o Supremo Tribunal Federal chamou de um “sentido biográfico”,¹² e não meramente biológico.

Quando clamamos respeito universal e abrangente pela dignidade da pessoa, como fazem muitas declarações internacionais de direitos que muitos erradamente tomam como fundamentos da criminalização do direito de aborto, queremos dizer que todas essas propriedades fazem com que o ser vivo que as tem possui importância em si mesmo, e que essa importância é igual em todos. É por isso que não pensamos no valor de pessoas como pensamos no valor de coisas. Coisas têm preço, pessoas não; estas têm dignidade. Dignidade é a expressão moral do valor incomensurável que só as pessoas têm, a qual não permite que sejam colocadas em balanças de juízos de utilidade e conveniência.¹³ Dignidade implica incomparabilidade e impossibilidade, ranqueamento que tenha ela própria como critério. A dignidade de um sujeito que passe a sua vida bebendo cerveja preguiçosamente em frente à televisão é idêntica ao do outro que logrou o avanço médico mais significativo do século, porque ambos são pessoas e têm uma vida em sentido biográfico, ainda que a história e o sentido da vida do segundo nos pareçam mais admiráveis que os do primeiro.

O feto, durante as etapas iniciais da gestação, está vivo, mas não tem uma vida.¹⁴ Da mesma forma que nossos fígados, corações e pulmões estão vivos, mas não podemos dizer que tenham uma vida. O feto não tem uma vida, porque lhe é impossível, por limitações biológicas, possuir qualquer das propriedades moralmente relevantes que fazem das pessoas o objeto de especial apreço ético que são. Nas fases mais adiantadas da gravidez, ao contrário, o feto torna-se um bebê, ainda que permaneça dentro do útero da gestante: sente contato físico, mesmo que mediado pela pele, músculos e outros tecidos do corpo materno; ouve sons e vozes, mesmo que distorcidos pela opacidade do líquido amniótico; e certamente é capaz de experimentar sensações minimamente complexas, como respostas a estímulos de dor, movimento, etc. Mas até que chegue a este ponto, ele não é uma pessoa e não tem uma vida, ainda que esteja vivo.

10 Sobre as diferenças entre estar vivo e ter uma vida, v. KAPLAN, François. *L'embryon est-il un être vivant?* Paris: Éd. du Félin, 2008, *passim*.

11 Nesse mesmo sentido, v. SINGER, Peter. *Rethinking Life and Death*. Nova Iorque: Saint Martin's Press, 1995.

12 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. DOU 05 jun. 2008.

13 "No reino dos fins, tudo tem *preço* ou *dignidade*. Tudo que tem preço pode ser substituído por outra coisa que lhe seja *equivalente*; de outro lado, tudo que está acima de qualquer preço, e portanto não tem equivalentes, tem dignidade". In: KANT, Immanuel. **Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals**. Trad. Thomas K. Abbott. Nova Iorque: Bobbs-Merrill Co., 1949, p. 51, tradução nossa).

14 KAPLAN, *Ibid*.

Esta é a razão pela qual o aborto de um feto em certos casos costuma ser aceito, mas a morte de um bebê nestes mesmos casos, não. O direito brasileiro aceita, porque não pune,¹⁵ o aborto de fetos concebidos em atos de estupro, até aproximadamente a 22ª semana de gestação,¹⁶ mas nem por isso admite o aborto de um bebê no oitavo mês de gestação ou de uma criança recém-nascida igualmente concebidos em estupro. Mesmo pessoas que têm fortes sentimentos contra um direito mais amplo de aborto estão, muitas vezes, instintivamente inclinadas a aceitá-lo nesses casos. Isso equivale a conceder uma proteção jurídica menor, bem como a reconhecer uma reprovabilidade ética menor, em relação a um ato que atente contra um feto no início da gestação, em comparação com outro que atente contra uma pessoa, seja ela já nascida ou um bebê em final de gestação. Quem acha, ao contrário, que o feto é uma pessoa desde o primeiro instante, bem como que a vida é o bem moral máximo, deverá sentir a mesma reprovação em todas essas hipóteses. Essas pessoas estarão na companhia do Arcebispo de Olinda e Recife que, no início de 2009, declarou que a conduta do médico que abortara uma gestação de gêmeos em menina de nove anos de idade que fora vítima de abuso sexual por seu ex-padrasto era mais reprovável do que a violência sexual em si, pois o aborto, ao contrário do estupro, tiraria a vida de uma pessoa.¹⁷ O médico e sua equipe foram excomungados pelo Arcebispo, o que gerou muita crítica à postura do religioso. É importante notar, entretanto, que a posição dele é mesmo criticável, mas não por ser incoerente: quem acha que o feto é sempre uma pessoa não pode senão achar que os médicos e os pais da menina violentada agiram de forma eticamente reprovável ao optarem pela interrupção da gestação. Quem, ao contrário, for crítico de sua posição, só poderá sê-lo a partir do questionamento da premissa de que o religioso parte: a de que “uma vida humana”, no sentido moralmente relevante e juridicamente tutelado, existe igualmente desde o zigoto até a morte da pessoa nascida e, por corolário, que os direitos de saúde, autodeterminação e dignidade da criança que engravidou aos nove anos de idade em razão de violência sexual não são suficientes para sobrepular o direito fetal à vida.

Há outro argumento que não enfrenta propriamente este problema, porém procura contorná-lo, mas mesmo assim deve ser mencionado aqui pela popularidade que tem. Trata-se da posição que diz reconhecer, sim, que um zigoto, embrião ou feto em início de gestação não têm as mesmas propriedades morais de uma pessoa, mas que, como o processo formativo da pessoa é um contínuo evolutivo difícil de ser segmentado, seria impossível precisar com exatidão o instante em que o feto deixa de ser pessoa e, portanto, seria melhor considerá-lo como tal desde sempre.

Este argumento é inaceitável por dois motivos. Primeiramente, porque ele se furta a responder a questão relevante não por negar que ela seja a questão relevante, mas sim por alegar que ela é muito difícil para ser respondida. Essa posição pode ser confortante, mas é pouco útil do ponto de vista prático, na medida em que o problema posto é este, e não outro, seja ele fácil ou difícil. Em segundo lugar, ele é inaceitável por deixar de enxergar que uma aplicação ilimitada do *status* de pessoa até o feto ou o embrião invade, necessariamente, os direitos de outra pessoa inexoravelmente envolvida na situação: a gestante e o seu direito de autonomia reprodutiva, quando não de dignidade no sentido mais básico, como no caso de gravidez proveniente de estupro. Sustentar que o embrião e o feto são pessoas desde sempre exige não só que se diga por que eles devem ser uma pessoa, coisa que o argumento em questão faz de maneira insuficiente ao negar-se a enfrentar a primeira objeção já tratada, mas também, e principalmente, dizer por que é certo que direitos fundamentais e liberdades éticas elementares da gestante sejam diminuídas pela razão que faz do feto uma pessoa.

15 Há uma discussão própria da dogmática penal do aborto que versa sobre a licitude, ou não, do aborto de gestação proveniente de estupro. A depender a teoria do delito a que se filie, o permissivo de aborto nesses casos, previsto no art. 128, II, do Código Penal, é tido ou como eliminador do caráter ilícito do aborto, ou como mera causa de impunibilidade, preservando-se, contudo, a ilicitude simbólica do aborto. Esta discussão não importa aqui. Do ponto de vista prático, considerando-se que a sanção penal é uma razão para se abster a uma conduta, a falta de punibilidade pode ser vista como um permissivo à ação, uma vez que retira a coação para que se aja no sentido penalmente determinado.

16 Este é o marco temporal que separa o aborto (espontâneo) do parto prematuro. Completadas 22 semanas de gestação, não se fala, medicamente, em aborto. Na prática, este é o limite máximo de tempo para a realização de abortos em casos de estupro e risco à vida da gestante no Sistema Único de Saúde, muito embora a Portaria 1.508 de 2005, do Ministério da Saúde, que regulamenta os procedimentos de aborto no SUS, não fixe qualquer prazo máximo para sua realização.

17 Arcebispo dá excomunhão a envolvidos em aborto de menina. **Globo.com**. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,MUL1028423-16021,00-ARCEBISPO+EXCOMUNGA+MEDICOS+E+PARENTES+DE+MENINA+QUE+FEZ+ABORTO+DEPOIS+DE+S.htm>. Acesso em: 15/08/2011.

Este segundo ponto, que é justamente o que torna o aborto um dilema moral tão significativo, passa absolutamente ao largo de quem se furta a esta questão.

Uma variante desta objeção é reconhecer que o feto em início de gestação não é uma pessoa, mas que logo será, e que nessa condição deve poder gozar desde já de todos os direitos de uma pessoa. Trata-se de sustentar, em outras palavras, que ser X no futuro possibilita usufruir desde o presente dos privilégios de ser X.¹⁸ Esta objeção é errada porque cria para a questão específica do aborto uma regra que não vale para nenhum outro esquema de distribuição de direitos e deveres na sociedade em que vivemos. Seremos velhos no futuro, e o envelhecimento é biologicamente um fenômeno tão gradual quanto a gestação, mas nem por isso temos hoje os direitos que teremos quando formos idosos: não podemos hoje parar em vagas reservadas sob a alegação de que seremos idosos em poucos anos, e nem temos direito à aposentadoria pública sob a justificativa de que estamos gradualmente - desde que nascemos, a bem da verdade - envelhecendo. Que variemos ao considerar alguém idoso, para fins de atribuição de direitos e prerrogativas, aos 55, 60, 65 ou 70 anos é irrelevante do ponto de vista da condição biológica do envelhecimento do corpo em cada uma dessas idades: o que importa é marcar que a perenidade da evolução biológica não é, em nenhum outro setor da vida social, justificativa nem para que deixemos de estipular um separador claro para fins práticos de atribuição de direitos, e nem permite o gozo antecipado dos direitos que se terá futuramente.

Este mesmo fundamento permite responder a outra objeção, de natureza cética, que refuta a ampliação do direito ao aborto sob a justificativa de que nunca saberíamos exatamente onde traçar a risca que separa o feto-que-está-vivo, mas não é pessoa; do feto-que-tem-uma-vida, e já é pessoa. Aqui, novamente, a compreensão da distinção entre o lado biológico e o lado moral da questão permite enxergar que o dilema cético é, em grande parte, falso: em vez de se paralisar diante da dúvida sobre quando, biologicamente, o nível mínimo de consciência necessário ao feto-que-tem-uma-vida se instaura, o mais importante é ter a mais clara compreensão possível de quando isso se dá e então traçar positiva e claramente uma linha separadora. Na prática da saúde pública no Brasil, tal divisão costuma ser estabelecida entre a 20^a e a 22^a semanas de gestação. Na Suécia, por exemplo, o marco legal para a permissão do aborto - não só em caso de estupro, pois lá a gestante tem direito ao aborto por livre escolha - é ao término de 21 semanas de gestação. O cético perguntará: como saber quem está certo? A resposta difere: do ponto de vista biológico, é difícil saber. Do ponto de vista ético-público, é fácil: todas as alternativas são igualmente aceitáveis, porque sensatamente demarcam uma clara linha divisória que separa fetos e pessoas, e observam, no traçar desta linha, correspondências aproximadas e razoáveis às evidências biológicas hoje existentes a respeito do momento evolutivo em que o feto adquire as características físicas pressupostas a ter uma vida. Ambas cumprem igualmente bem o dever político de se fundamentar restrições a direitos em uma democracia. Se a tal demarcação se dará nas 20 ou 21 semanas, trata-se de uma questão de menor relevância, do ponto de vista de uma ética de política pública. É um erro supor que uma decisão politicamente aceitável sobre isso, em um Estado Democrático de Direito, necessariamente pressuponha um consenso moral a seu respeito. Tal suposição é paralisante e conservadora.

Há, por fim, uma objeção de princípio quanto a tudo o que foi dito aqui, e que comumente se levanta: há quem tape o ouvido para tudo isso e obtusamente reafirme que o feto é desde sempre "uma criança e tem direito à vida". A resposta a isso está em lembrar que, na linha do que já foi dito, crianças são pessoas, e isso não é inequívoco em relação ao feto durante todo o período de gestação. Ademais, é sempre necessário lembrar que não se pode responder à questão sem ao menos considerar os direitos da gestante, que sem dúvida é pessoa e está necessariamente envolvida na situação. Ninguém que defende a ampliação do direito ao aborto deixa de considerar argumentos que sustentem os direitos do feto. Eles ocuparam a maior parte deste texto até aqui, aliás. Ora, quem queira rejeitar esse direito deve oferecer a mesma importância à gestante e aos seus direitos. Devem dizer por que é mais importante que o feto siga vivendo do que ela exercer seu direito de dignidade e autonomia. Quando se leva a gestante em consideração, como não se pode deixar de fazer, a ideia de "ter um direito à vida" ganha dimensões muito diferentes, que ajudam a entender a posição de quem é a favor da ampliação de um direito mais amplo ao aborto. Uma das principais objeções a um direito mais amplo de escolha da gestante insiste em repisar a afirmação de que o feto tem direitos,

18 Nesse sentido, v. SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 162.

e que entre eles inclui-se a vida. Em que pese as complicações de se dizer que o feto “tem uma vida”, que já foram mencionadas, admitamos, para que o debate possa prosseguir, que o direito à vida o abranja. Isso não significaria, como erradamente se costuma assumir, que tal direito seria absoluto. O direito à dignidade humana é o único direito absoluto, e ele não se confunde com o direito à vida. Mesmo quando uma pessoa tem direito à vida, ela pode ser privada deste direito por ocasião do regular exercício de outro direito por outra pessoa, sobretudo quando se trata do direito de dignidade. A ideia, muito repetida por alguns juristas, de que o direito à vida é o direito máximo é não só eticamente problemático, como mostrado até aqui, como também juridicamente questionável: a Constituição não a elenca entre os direitos máximos, que são os do seu artigo 1º - ao contrário da dignidade, que lá está - como ainda se espalham pelo ordenamento diversas hipóteses em que se pode licitamente tirar a vida de alguém, permissivos esses que não existem com relação à dignidade.

A melhor ilustração disso vem de um exemplo fictício, mas muito esclarecedor, oferecido por um clássico artigo acadêmico publicado pouco tempo antes da polêmica decisão *Roe vs. Wade*, de 1973, pela Suprema Corte dos EUA.¹⁹ Imagine que uma pessoa seja dopada e perca consciência, recuperando-a pouco depois no leito de um hospital. Ela então se vê deitada ao lado de um homem que não conhece e percebe que há um tubo que o liga a este homem. Quando então um médico aparece, a pessoa o indaga sobre o que está acontecendo e é informada de que aquele homem é o maior violinista do mundo e tem uma doença grave para a qual a única cura é uma diálise natural, ficando ele diretamente ligado aos rins de outra pessoa. Diz ainda que ela, a pessoa abduzida, era uma das poucas compatíveis no mundo, e que fora sequestrada pela Sociedade dos Amantes da Música, que então a apresentou ao hospital inconsciente, dizendo que se tratava de um voluntário para a diálise natural do violinista. A pessoa então informa ao médico que aquilo não era verdade, pois jamais concordara em servir de instrumento de cura ao violinista. O médico então diz que lamenta o engano, mas que se ele o desconectar, o violinista morrerá. A pessoa então pergunta quanto tempo durará o tratamento. “Se tudo correr bem, nove meses”, responde o médico. Após refletir, a pessoa sequestrada informa que deseja ser desligada do doente, mesmo que isso leve à morte dele.

Em vista dessa narrativa, pergunta-se: a pessoa tem o direito de se desligar do doente, mesmo que isso leve à sua morte? A resposta é sem dúvida afirmativa. Podemos reprová-la, achá-la egoísta e autocentrada, mas seria errado dizer que ela não tem o direito de se desligar, ou que poderia ser obrigada, à força ou mediante sedação, a permanecer ligada ao violinista por todos os nove meses em razão do direito do violinista à vida. Ao mesmo tempo, seria errado dizer que o violinista doente não tem qualquer direito à vida, só porque a pessoa abduzida tem direito de se desligar. Ele tem, sim, um direito à vida, mas este direito não é suficientemente poderoso para impedir o direito de autonomia da pessoa sequestrada em desconectar-se dele, mesmo que isso provoque a sua morte. Assim, dizer que “eu tenho um direito a X” não equivale a dizer que “nunca, em nenhuma circunstância, eu posso ser privado de X”, a não ser que estejamos falando de dignidade humana. Qualquer outro direito, por mais importante que seja, é passível de relativização, e quase todos eles se enfraquecem, quando em direto confronto com a dignidade de uma pessoa. O exemplo mostra, ademais, que não só o direito à vida não se confunde com o direito à dignidade, como também que ambos podem rivalizar em situações específicas, nas quais o direito à dignidade prevalecerá.²⁰ É justamente isso que se tem em muitos casos nos quais um mais amplo direito ao aborto é reclamado: os interesses e os planos de vida da gestante, que são expressões mais legítimas de sua dignidade, dariam a ela um fortíssimo argumento no sentido de lhe permitir interromper a gestação do feto. Quando, mais adiante na gestação, o feto enfim tornar-se pessoa, ele então passará a ter um direito de dignidade igual ao da gestante, o que restringiria o direito de aborto a hipóteses muito limitadas (risco à vida da gestante ou danos sérios e duradouros à sua saúde, por exemplo).

2 DIREITOS EM CONFLITO

A primeira parte deste texto mostrou que a dimensão conflituosa dos direitos envolvidos no debate sobre a ampliação do direito ao aborto é séria, e que ela não pode, em uma discussão atenta,

19 O exemplo e sua exploração filosófica estão em THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. *Philosophy and Public Affairs*, v. 1, n. 1, p. 47-66, 1971.

20 Retomando algo que foi dito ao final da introdução, este ponto ilustra bem o quanto é indevida a ilação de que o direito absoluto à vida decorre do direito de dignidade.

ser dispensada meramente por se afirmar que “todos têm direito à vida” ou “o feto será logo uma criança”. Não só porque estas duas afirmações, como visto, são duvidosas (haja vista as objeções a elas já apontadas na seção anterior), mas também porque elas negam a dimensão do direito à autonomia da gestante, que tem de ser levado em consideração. Esta segunda parte cuidará de outras perguntas especificamente relacionadas ao tema do aborto sob esse enfoque de direitos em conflito. Os aspectos dessa dimensão conflituosa que já foram tratados na primeira parte do artigo não serão revisitados aqui, para poupar o leitor de redundâncias.

Suponhamos que alguém que se oponha à ampliação do direito de aborto por fortes princípios religiosos esteja, não obstante, convencido de uma parte do que foi argumentado no item anterior: que o direito brasileiro atual não trata fetos como pessoa, ao menos não na fase inicial da gestação. Ele reconhece que o fato de o Código Penal aceitar o aborto de um feto proveniente de estupro até a vigésima semana de gestação, mas não o homicídio de um recém-nascido concebido nessas mesmas circunstâncias, indica mesmo que o direito à vida do feto não tem a mesma plenitude do direito à vida de uma pessoa, pois cede em hipóteses em que o direito da pessoa subsiste. Ele desejará então lutar por uma reforma legislativa que mude isto, seja emendando a Constituição para que ela expressamente diga que feto é pessoa durante todas as fases da gestação, seja ainda suprimindo o permissivo de aborto em caso de estupro hoje presente no Código Penal. Seria isso admissível?

Considerando a dimensão de embate de direitos entre feto e gestante, bem como a natureza específica dos direitos envolvidos de parte a parte, a resposta é negativa: nenhuma dessas mudanças seria admissível, porque a Constituição dá um grande conjunto de direitos fundamentais às pessoas - como o direito de dignidade - e impede que eles sejam diminuídos, ao dizer expressamente que nenhuma mudança legislativa que diminua direitos de pessoas será sequer apreciada pelo Congresso Nacional.²¹

A proposta de equiparação de fetos ou embriões em fase inicial de gestação a pessoas não leva em conta que o estoque de direitos fundamentais não é infinito: esses direitos, com as implicações de seu efetivo exercício, são bens escassos, por assim dizer. Sua forma de distribuição é definida *a priori* e em caráter inalterável pelas chamadas “cláusulas pétreas” constitucionais: as pessoas humanas os têm, os demais seres vivos não os têm, e esta equação não pode ser alterada em detrimento das primeiras. Se qualquer novo membro é incluído no rol das pessoas constitucionais, com o fim de que sejam estendidos a ele direitos fundamentais que só pessoas têm, seriam necessariamente diminuídos os direitos de todos aqueles que hoje são pessoas.²² A Constituição não permite essa diminuição.²³

Um exemplo um pouco distante dos fetos, mas perfeitamente análogo ao seu caso, ajudará a esclarecer o argumento. Suponhamos, por exemplo, que se queira fazer das árvores pessoas, na esteira da conscientização ambiental que hoje está em curso. Assim, além das pessoas humanas, haveria “pessoas arbóreas”. As pessoas arbóreas, por serem pessoas, teriam a mesma dignidade das pessoas humanas, por disposição constitucional. Seria possível uma mudança da Constituição nesse sentido? Uma mudança que alterasse o artigo 5º da Constituição para que ele dissesse, por exemplo, que os direitos nele previstos fossem assegurados a brasileiros, estrangeiros aqui residentes e *árvores plantadas em território nacional*? Não, não seria, porque a pretexto de aumentar direitos fundamentais - das árvores -, tal alteração necessariamente diminuiria direitos das pessoas humanas, o que, repita-se, é proibido pela Constituição.

Se as árvores tornarem-se pessoas arbóreas, então nós, pessoas humanas, não poderemos mais usá-las como hoje as usamos, instrumentalmente, da mesma forma que não podemos usar outros seres humanos sem violar sua dignidade. Não poderemos mais, por exemplo, fazer papel, pois ele vem da celulose, que vem das árvores. A maior parte de nossa capacidade de expressão escrita e livre manifestação de opinião estaria assim diminuída, pois imprimir sobre papel seria equivalente a tirar a pele de uma pessoa e fazer dela um papiro. Tampouco poderíamos cultivar árvores para

21 "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) direitos e garantias fundamentais" (BRASIL, 1988, art. 60, § 4º, IV).

22 O argumento, bem como a analogia com as árvores, vem de textos variados de Ronald Dworkin, especialmente **Life's Dominion** (Nova Iorque: Vintage Books, 1994), e **The Great Abortion Case** (In: **The New York Review of Books**, Nova Iorque, v. 36, n. 11, jun. 1989, p. 1). Neste último texto, que foi escrito antes do outro, o autor usa o exemplo de porcos em vez de árvores. Com exceção do fato de que seriam, neste caso, pessoas suínas, todo o resto vale para o argumento das pessoas arbóreas.

23 Constituição de 1988, art. 60, § 4º, inc. IV.

fins comerciais, pois isso equivaleria a uma espécie de escravidão de pessoas arbóreas. Na prática, portanto, fazer com que árvores sejam pessoas diminuiria fortemente ou eliminaria alguns direitos fundamentais que nós pessoas humanas hoje temos: direito de livre expressão (pois o papel ainda é a principal fonte de divulgação de pensamento); direito de livre iniciativa empresarial, pois há muitas atividades econômicas que hoje consideramos lícitas que passariam a ser graves crimes se as árvores fossem pessoas: gráficas, imprensa, editoras, fábricas de papel e assim por diante; e até mesmo o direito de produção de conhecimento, já que boa parte das pesquisas que hoje fazemos seria proibida, sob a justificativa de que “pessoas arbóreas” não poderiam ser cobaias ou fornecedoras de matéria-prima para cientistas.

Pois bem, alterar a legislação para pretender que os fetos sejam, desde o início da gestação, equiparados a pessoas implicaria diminuir direitos fundamentais de gestantes. Uma gestante não poderia interromper a gestação causada por um estupro, como não pode matar a criança nascida de um estupro, pois a “pessoa fetal” seria tão pessoa quanto a “pessoa humana”. Para que este direito específico não lhe seja retirado, expressão de sua dignidade e autonomia que é, é necessário que continuemos a não considerar que fetos são “pessoas humanas fetais”, mas apenas fetos de pessoas humanas.

Este mesmo raciocínio, diga-se de passagem, fundamenta a liberdade de se fazer pesquisas com embriões humanos. Se embriões fossem pessoas, como quiseram alguns, então o direito de conhecimento científico sobre células tronco ficaria impedido. Mas como os embriões não são pessoas, e nem pessoas humanas embrionárias - mas apenas embriões de pessoas humanas -,²⁴ pode-se experimentar com eles, dentro de certos limites éticos, sem que os atuais geneticistas sejam eticamente equiparados a médicos de campos de concentração que experimentavam com cobaias humanas, estas sim pessoas. O embrião é sim protegido, como também é o feto, de atentados frívolos ou descarte banal,²⁵ mas não é protegido com a mesma força com que o direito protege a vida de uma pessoa humana.

2.1 Que pode o Estado fazer por uma ampla proteção do direito à vida?

A compreensão de que o direito à vida opera dentro de um contexto de conflito com outros direitos obriga-nos a refletir sobre a melhor maneira de fazê-lo valer. Se eu tenho de preservar os direitos A e B, mas preservar A pode me obrigar a violar o direito B, então devo buscar, entre todas as alternativas, a maneira de preservar A que seja menos conflitante com B.

Isso ajuda a desfazer outra percepção de senso comum, que é errada, sobre a posição de quem defende uma ampliação do direito ao aborto. Há quem pense que defender o direito de aborto implica, necessariamente, considerar o feto e sua vida como objetos sem valor algum ou de pouco valor. Essa crítica representa de maneira absolutamente equivocada a posição pró-direito de aborto. Defender a descriminalização não significa lutar para que o feto e sua vida não sejam protegidos; significa, isso sim, lutar para que sua proteção pela criminalização, que além de tudo é ineficaz, seja substituída por outras formas de tutela estatal que não desrespeitem tão frontalmente os direitos da mulher à autonomia e à saúde.

Há pesquisas que atestam, nesse sentido, que razões ligadas à pobreza, ao trabalho, ao padrão de vida e ao desenvolvimento de estudos e à carreira são as principais causas de aborto espontâneo entre mulheres de todas as idades.²⁶ Ainda que haja muita discussão filosófica sobre o *status* do feto e o valor da vida nessa matéria, a opção pelo aborto é tomada a partir de determinantes nada filosóficos, mas sim práticos. Nos EUA, entre 35% e 82% de mulheres que abortaram indicaram a interferência de um filho sobre educação e carreira como os motivos predominantes para o aborto; e entre 60% e 80% delas apontaram dificuldades financeiras como decisivas para terem optado por abortar.²⁷ No Brasil, os resultados totais da mais recente pesquisa a este respeito ainda estão

24 O argumento do embrião de pessoa humana (por oposição à pessoa humana embrionária) foi aceito pelo STF na decisão da já mencionada Ação Declaratória de Constitucionalidade 3510 em 2008. Ele consta inclusive da ementa do acórdão.

25 Lei 11.105/2005, art. 5º.

26 THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, **Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress**, 2009, *passim*.

27 Das mulheres de 17 anos de idade ou menos que abortam nos EUA, 82% indicaram como motivo o prejuízo à

sendo compilados, mas os dados preliminares já divulgados apontam para resultados semelhantes, como era de se esperar: dado que quase um quarto das mulheres em idade reprodutiva que estudou apenas até o quarto ano do Ensino Fundamental já fez aborto, é muito plausível que “fatores como participação no mercado de trabalho, salários, padrões de união conjugal, etc. sejam tão ou mais importantes que os efeitos diretos do nível de informação sobre reprodução e sexualidade” como determinantes do aborto induzido.²⁸

Se é assim, melhor, mais efetivo e menos agressivo aos direitos das gestantes é buscar reduzir o número de abortos não pela criminalização da opção pelo aborto, mas sim por políticas que visem diminuir a enorme pressão financeira, pessoal e profissional que acarretam a gestação e principalmente a maternidade. Tomar a vida do feto em consideração de forma alguma implica ser a criminalização do aborto melhor, ou a mais eficaz, ou a mais justa maneira de se fazê-lo. Medidas decisivas nesse sentido, como acompanhamento pré-natal gratuito, com acesso a exames e medicamentos necessários ao desenvolvimento pleno e saudável da gestação; proteção contra desfavorecimentos na carreira em razão da maternidade; ampliação das licenças maternidade e paternidade, de forma a desenhar horizontes mais seguros para a gestante, que olha receosa para a maternidade vindoura; aumento de oferta de berçários e creches, diminuindo as pressões que hoje advêm do conflito entre maternidade e autodesenvolvimento da mulher em outros papéis sociais além do de mãe; etc. Medidas dessa natureza podem, sem qualquer contradição, ser defendidas por quem entende que o direito de aborto deveria ser mais amplo do que hoje o é. Isso está em pleno acordo com o princípio de defesa da autonomia e livre escolha aqui defendido: se a ideia é sempre preservar a autonomia da gestante de constrangimentos externos indevidos, todos eles devem ser removidos, venham eles do aparelho repressivo do Estado, que criminaliza a opção do aborto; ou de condições socioeconômicas desfavoráveis e precárias, para não dizer indignas, e que, na prática, fazem parecer tenebrosa a perspectiva da maternidade não planejada e contribuem na determinação da escolha da mulher.²⁹

Esse argumento rebate também outra crítica comum à descriminalização do direito de aborto, qual seja, a de que sua liberação poderia aumentar o número de abortos entre mulheres pobres, por razões puramente financeiras. A este respeito, além do que foi dito acima, há dois outros pontos a serem acrescentados.

Primeiramente, não há qualquer evidência de que a criminalização do aborto diminua o número de abortos. Bem ao contrário, as pesquisas existentes nesse sentido mostram o contrário: com leis mais ou menos restritivas, o número de abortos permanece inalterado. É por essa razão, entre outras, que o Comitê da ONU para Eliminação de Preconceito Contra as Mulheres recomenda aos governos a descriminalização do aborto,³⁰ já que a clandestinidade da prática sacrifica desmedidamente a saúde das gestantes em troca de pouco ou nenhum ganho na diminuição da prática de abortos. O que muda com a criminalização, evidentemente, é o número de abortos inseguros, muito mais praticados onde há restrições mais fortes e que respondem por quase todos os óbitos de mulheres por complicações resultantes de procedimentos abortivos. Praticamente inexitem registros de mortes por complicações decorrentes de aborto nos países desenvolvidos nos quais a prática é descriminalizada e o procedimento pode ser realizado em hospitais ou clínicas apropriadas.³¹

Em segundo lugar, é preciso sempre ter clareza que, com a dimensão do direito de autonomia da gestante no horizonte, o exercício do aborto por motivo financeiro ou de carreira, goste-se dele ou não, deve ser-lhe garantido, em sua qualidade de pessoa, pois isso faz parte do direito que ela

educação ou à carreira que a maternidade implicaria, e 80% indicaram a incapacidade de arcar financeiramente com a maternidade. Nesta mesma pesquisa, das mulheres com 30 anos ou mais, os mesmos motivos, respectivamente, respondem por 35% e 60% dos motivos determinantes para a opção pelo aborto. Para os dados completos da pesquisa, v. FINER, Lawrence B. *et al.* *Reasons U.S. Women Have Abortions: Quantitative and Qualitative Perspectives*. **Perspectives on Sexual and Reproductive Health**, 2005, v. 37, n.3, p. 110-118, 2005.

28 DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 15, p. 963, 2010.

29 Sobre a relação entre oportunidades sociais e autonomia moral, v. RAZ, 1986, **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford UP, 1986, *passim*, esp. 203-207.

30 Para a íntegra da recomendação, que inclui diversas outras recomendações sobre saúde das mulheres que vão além da questão do aborto, v. UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. **General Recommendation n. 24**. 1999.

31 THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, **Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress**, 2009, p. 20.

tem de determinação do sentido de sua vida. O fato de não aprovarmos a sua escolha não significa que o direito a uma escolha polêmica ou questionável não lhe deva ser garantido.

3 GRAVIDEZ E RESPONSABILIDADE

Um último conjunto de problemas ético-práticos ligados à (des)criminalização do aborto passa pelo tema da responsabilidade que as pessoas devem ter por suas ações conscientes e voluntárias. A mais conhecida objeção a uma ampliação do direito de aborto por esse fundamento diz mais ou menos o seguinte: “as pessoas devem ser responsabilizadas pelas consequências de seus atos, e o aborto é uma maneira de a gestante - ou eventualmente o casal - esquivar-se da responsabilidade inerente a uma relação sexual”. Nem mesmo a objeção de que os métodos contraceptivos são falíveis demove os que assim pensam: não só por que alegam, não insensatamente, que a falibilidade desses métodos é pequena, e tende a zero quando diferentes métodos são conjuntamente utilizados (pílulas anticoncepcionais e preservativos masculinos, por exemplo), como também porque a ideia de ser responsável pelos próprios atos abrange mesmo os casos em que contraceptivos falham: todos sabem que nenhum método é 100% efetivo e, portanto, escolher ter atividade sexual é escolher correr o risco, mesmo que remoto; assim, quem engravida em razão de um preservativo que se rompeu teria, eticamente, tanta responsabilidade pela gravidez quanto quem foi descuidado e não se protegeu de nenhuma forma. Arcar com a responsabilidade, no caso da gestação, seria levá-la a termo e ter a criança.

A primeira objeção a esta ideia é que ela pressupõe uma interpretação muito questionável sobre o que o aborto seja na vida de uma mulher, mesmo aquela que se veja mais premida a recorrer a ele. Ela supõe que o aborto seja uma espécie de saída fácil para um problema que causou a si mesma. Esta é uma interpretação simplória e insensível para o trauma que seguramente é para qualquer gestante enfrentar um procedimento abortivo, mesmo quando ela esteja convencida de que, consideradas todas as alternativas e circunstâncias, esta seja a melhor opção para ela. Trata-se da mesma falta de empatia de quem sustenta, como alternativa ao aborto, que a gestante leve a gestação a termo e então ceda o recém-nascido para adoção. Só quem ignora, por jamais ter refletido minimamente a respeito, a dor, o sofrimento e a angústia que devem ser tanto a realização de um aborto, quanto a doação de um filho, seria capaz de considerar tais “alternativas”, ênfase nas aspas, como sensatas de se impor a uma pessoa sob ameaça de uma pena criminal.

Essas objeções rejeitam uma específica derivação de teorias da responsabilidade moral para a questão do aborto. Mas é possível sustentar um direito mais amplo ao aborto, inclusive incorporando a dimensão da responsabilidade à questão, lembrando, por exemplo, que há uma inconsistência biologicamente determinada entre autonomia sexual e a responsabilidade jurídica reprodutiva: enquanto o direito assume a idade de 18 anos para que as pessoas sejam em geral responsáveis por seus atos e arquem com as consequências de suas ações livres e voluntárias, nossos corpos nos impõem uma “responsabilidade reprodutiva”, digamos, bem antes disso, já no início da adolescência. A resposta jurídica tradicional para o problema da responsabilidade dos incapazes, segundo a qual os pais devem ser civilmente responsáveis pelos atos de seus filhos, claramente não serve para tais casos, pois o ônus decorrente da paternidade na adolescência vai muito além da responsabilidade financeira pela criança: há pesquisas que mostram que mães adolescentes experimentam piores em sua qualidade de vida³², que vão muito além das obrigações decorrentes dos deveres alimentares. Deveres de cuidar, nutrir e educar acabam tendo de ser assumidos muitas vezes por mães recém-adolescentes, as quais a ordem jurídica as considera incapazes para atos jurídicos elementares. As consequências dessa inconsistência revelam-se inclusive na prática: o nome de um pai menor de 16 anos de idade só constará na certidão de nascimento de seu filho mediante expressa autorização

32 CAMPOS, Ana Cláudia de Souza, BARBIERI, Márcia. Mães adolescentes têm qualidade de vida prejudicada. Pesquisa do Departamento de Enfermagem da UNIFESP, São Paulo, 2010. Os resultados da pesquisa ainda não haviam sido publicados quando da redação deste artigo. Porém os dados publicados em matérias de Internet sobre a pesquisa foram confirmados diretamente com a pesquisadora Márcia Barbieri, em contato por *e-mail* em 27/10/2010. Para matéria jornalística sobre a pesquisa, com informações escritas e entrevista em áudio com a autora Ana Cláudia de Souza Campos, v. MÃES adolescentes têm mais dificuldade para entrar no mercado de trabalho. Folha Online, São Paulo, 27//2010.

judicial, ao passo em que a mãe menor de idade deve ir acompanhada de um de seus pais, os avós da criança, para fazer o registro civil da criança. Não obstante, ambos já carregarão, para o resto de suas vidas, todos os deveres que o *status* de pai e mãe implica.

Outra forma de rechaçar o argumento da responsabilidade decorre da desproporcionalidade entre o ato gerador da obrigação (ato sexual) e a consequência que a ele se quer imputar (maternidade forçada). Toda e qualquer doutrina da responsabilidade dos últimos séculos reconhece que a imputação moral de uma conduta a alguém deve dar-se na proporção do ato que a gere. Ao aproximar o discurso de justificação da obrigação de gestar ao discurso de justificativa de uma sanção (“as pessoas livres devem ser responsáveis por seus atos”), seus defensores esquecem-se de que esta responsabilização deve ser proporcional. Nesse sentido, a obrigação da maternidade é um preço excessivamente alto para se pagar pelo descuido que leva à gravidez não planejada.³³

A ideia de responsabilidade, ao contrário do que parece à primeira vista, pode falar em favor de um direito mais amplo de aborto. Tratar as gestantes como sujeitos responsáveis exige que lhes seja dada uma opção de abortar ou prosseguir com a gestação; e que lhes imponha uma ou outra opção, qualquer que seja, equivale a despir-lhes de responsabilidade e não a tratá-las como pessoas responsáveis. Trata-se de um argumento de linhagem kantiana, segundo o qual o cumprimento verdadeiro de um dever moral deve-se dar apenas pelo senso moral do comportamento devido e não por coação proveniente de sanção.³⁴

Esse argumento assume que dar responsabilidade ética a alguém significa deixar-lhe escolher livremente, sem coação ou constrangimento, sobre questões fundamentais de sua vida, como família, opção sexual, carreira, orientação política e, é claro, procriação. Trata-se um filho como um ser responsável quando se deixa que ele escolha sua companheira, em vez de se lhe impor uma à força; quando se lhe deixa que escolha uma profissão, em vez de se forçá-lo a ser médico ou advogado; quando se lhe deixa que tenha a própria opinião política, em vez de se buscar impor-lhe a todo custo determinado candidato. Se há uma dimensão moral relevante no tema do aborto, com é evidente que há, atribuir responsabilidade às pessoas significa deixá-las livres para escolher autonomamente os imperativos éticos que desejam seguir.

A criminalização do aborto impede justamente que a responsabilidade seja exercida em relação a uma das escolhas fundamentais e definidoras da vida de alguém: qual é o valor que se dá à vida do feto em comparação com outros valores importantes nas vidas das gestantes, e como elas devem controlar o seu papel na procriação, considerando o sentido que querem que suas vidas tenham. Esta escolha não é fácil, no caso de uma gestação não planejada, e pode muito bem não sê-lo mesmo no caso de uma gestação causada por estupro - caso se trate, por exemplo, de uma gestante cuja convicção moral e religiosa a faça enxergar o aborto como um assassinato, mesmo de um feto concebido nessas terríveis circunstâncias. Tal questão não é menos importante ou definidora, como questão constitutiva da identidade da vida de alguém, do que as opções que fazemos a respeito de nossa vida familiar, profissional, social, política. Por que então eliminar a responsabilidade da gestante nesse particular? Se estamos dispostos a aceitar que a discussão sobre o aborto é um dilema moral, e que há argumentos razoáveis para um e para outro lado da polêmica, então deveríamos também assumir que essas escolhas difíceis ficam melhor nas mãos de cada indivíduo, em vez de serem impostas coletivamente por meio de uma legislação penal que incorpore uma delas.

Há um exemplo biográfico bastante ilustrativo nesse sentido. Trata-se de Norma McCorvey, verdadeiro nome de “Jane Roe”, protagonista do caso *Roe vs. Wade*, no qual a Suprema Corte dos EUA declarou, em 1973, inconstitucionais as leis criminais estaduais que restringiam o aborto até o sexto mês de gestação. Pois bem, a Sra. McCorvey foi casada com um homem, engravidou acidentalmente, lutou por seu direito de interromper a gestação e ganhou. Abortou, então. Pouco depois, separou-se de seu marido e iniciou um relacionamento homossexual com Connie Gonzales que durou anos. Na década de 1990, separou-se de Gonzales, converteu-se ao cristianismo e tornou-se militante antiaborto, tendo protagonizado um documentário de título sugestivo: “Eu errei”³⁵. Se a Sra. McCorvey acertou ou errou ao lutar por seu direito de aborto em 1973, isso é irrelevante. Ou melhor: é relevante, mas apenas para seu foro íntimo. Do ponto de uma política criminal relativa ao

33 Sobre a desproporção entre o dever de maternidade e a gravidez não planejada, v. SINGER, *Ética Prática*, p. 157.

34 KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals*. Trad. Mary Gregor. Cambridge: Cambridge UP, 1991, p. 218-219.

35 I was wrong. *Direção Wout Heslinga*. Worcester (PA): Vision Video, 2006. DVD.

direito de aborto, ou de uma ética pública, o importante é registrar o amplo espaço que ela construiu para tomar suas próprias decisões e responsabilizar-se eticamente por todas elas, as mais e as menos polêmicas, bem como a possibilidade de revisar seus atos passados e arrepender-se deles em função de novos princípios morais e religiosos que ela, como pessoa responsável e autônoma, escolheu seguir. É só nesse contexto de liberdade de escolha que uma decisão responsável, no sentido próprio da palavra, pode ser tomada. É esse campo de manobra que é condição para o pleno exercício de uma vida refletidamente ética, que é condição da dignidade humana plena. Por isso, a criminalização do aborto, longe de obrigar a gestante a assumir responsabilidade por seus atos, elimina justamente as condições pressupostas de uma ação responsável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: SER A FAVOR OU CONTRA O ABORTO?

Por tudo o que foi dito, vê-se que a pergunta que tradicionalmente serve de porta de entrada à polêmica sobre o direito de aborto – “você é contra ou a favor do aborto?” - é, além de capciosa, também desnecessária, pois faz uma indagação de ética privada em um debate que é, na verdade, de ética pública. É possível, ao mesmo tempo e sem qualquer contradição, discordar da opção pelo aborto feita por uma gestante ou um casal, e igualmente discordar da criminalização do direito de aborto. No primeiro caso, está em jogo a deliberação que equilibra interesses individuais da gestante e os interesses de outro ser vivo, o feto, que lhe é fisicamente dependente. No segundo, o que se discute é a posição que o Estado deve tomar em face das muitas e diferentes decisões que, nessas circunstâncias, diferentes pessoas poderão tomar.

Algumas dessas pessoas poderão, por aderirem à concepção moral e religiosa, segundo a qual um feto equivale a uma pessoa nascida e formada, reprovar a conduta da mulher que opte por abortar. As religiões predominantes no Brasil pregam que o feto tem alma desde a concepção, e por isso sua vida deve ser protegida com a mesma intensidade desde a concepção até o último respiro. Existem outras pessoas que não pensam assim, e têm esse direito. Há pessoas dedicadas ao estudo do direito de aborto, ou do direito à vida fetal, a favor de cada uma delas, e elas discordam das opiniões umas das outras, legitimamente. Deixá-las livres para que se posicionem nessa discussão é pressuposto de uma sociedade que garanta a possibilidade de uma vida eticamente autônoma, ou seja, uma vida cujo sentido seja construído pelo próprio agente. Para isso, é fundamental não só que o Estado abstenha-se de interferências excessivas nesses casos, como também que crie condições necessárias para que essa autonomia seja de fato possível.

Em termos de políticas públicas referentes ao direito de aborto e à proteção da vida fetal, isso envolveria o desenvolvimento de estruturas de apoio social tanto àquelas mulheres que, por circunstâncias variadas, vejam no aborto a única (e dolorosa) alternativa para as histórias de vida que querem construir; quanto para aquelas que, mesmo surpreendidas com uma gestação não planejada, desejam levá-la adiante, contando com todo o apoio material e o apoio institucional exigidos não só pela gestação e parto, como também para a compatibilização do papel social de futura mãe com outros que ela queira perseguir. Atualmente, estamos distantes das duas realidades. É isso que uma ética pública aplicada a uma deliberação organizada sobre os argumentos em torno do direito de aborto nos manda perseguir.

REFERÊNCIAS

BERTI, Enrico. **As Razões de Aristóteles**. Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. **Lei 11.105/2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm. Acesso em: 15/08/2011.

BRASIL. **Código Penal** (1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 10/12/2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10/12/2010.

Disponível em: www.univali.br/periodicos

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. DOU 05/06/2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Proposta Consultiva OC-4/84**. Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização. 1984. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 20/12/2010.

DINIZ, Débora, MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência e Saúde Coletiva**, v. 15, p. 963, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Life's Dominion: An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom**. Nova Iorque: Vintage Books, 1994.

_____. The Great Abortion Case. **The New York Review of Books**, Nova Iorque, v. 36, n. 11, jun. 1989.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Especial (arts 121 a 183)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FINER, Lawrence B. *et al.* Reasons U.S. Women Have Abortions: Quantitative and Qualitative Perspectives. **Perspectives on Sexual and Reproductive Health**, 2005, v. 37, n.3, p. 110-118, 2005.

FINNIS, John. **Fundamentals of Ethics**. Washington, DC: Georgetown University, 1983.

Mães adolescentes têm mais dificuldade para entrar no mercado de trabalho. **Folha Online**, São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/podcasts/ult10065u677545.shtml>. Acesso em: 27/10/2010.

Arcebispo dá excomunhão a envolvidos em aborto de menina. **Globo.com**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornaldaglobo/0,MUL1028423-16021,00-ARCEBISPO+EXCOMUNGA+MÉDICOS+E+PARENTES+DE+MENINA+QUE+FEZ+ABORTO+DEPOIS+DE+S.htm>. Acesso em: 15/08/2011.

I was wrong. **Direção Wout Heslinga**. Worcester (PA): Vision Video, 2006. DVD.

KAPLAN, François. **L'embryon est-il un être vivant ?** Paris: Éd. du Félin, 2008.

KANT, Immanuel. **The Metaphysics of Morals**. Trad. Mary Gregor. Cambridge: Cambridge UP, 1991.

_____. **Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals**. Trad. Thomas K. Abbott. Nova Iorque: Bobbs-Merrill Co., 1949.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y Compás. In: COURTIS, Christian. **Observar la Ley: Ensaio sobre Metodología de la Investigación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2006, p. 42-68.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 1.508**, de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2005/GM/GM-1508.htm>. Acesso em: 10/12/2010.

POPPER, Karl. **The Logic of Scientific Discovery**. Londres: Routledge, 2002

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. **A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas do Brasil**. São Paulo: FD/USP, 2009. 387p. Originalmente apresentado como tese de doutoramento, Faculdade de Direito da USP.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford UP, 1990.

_____. **The Morality of Freedom**. Oxford: Oxford UP, 1986.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3ª ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Rethinking Life and Death**. Nova Iorque: Saint Martin's Press, 1995.

THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. **Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress**. Nova Iorque: AGI, 1999. Disponível em: <http://www.guttmacher.org/pubs/sharing.pdf>.

THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. **Philosophy and Public Affairs**, v. 1, n. 1, p. 47-66, 1971.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN. **General Recommendation n. 24**. 1999. Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom24>. Acesso em: 08/12/2010.