

TRÊS OBJEÇÕES CONTRA O ARGUMENTO PRÓ-ABORTO COM BASE NO VALOR INTRÍNSECO DA VIDA

*THREE OBJECTIONS AGAINST THE PRO-ABORTION ARGUMENT,
BASED ON THE INTRINSIC VALUE OF LIFE*

*TRES OBJECIONES CONTRA EL ARGUMENTO PRO ABORTO BASADO
EN EL VALOR INTRÍNSECO DE LA VIDA*

Delamar José Volpato Dutra¹

1 Graduado em Filosofia pela UCS, Bacharel em Direito pela UFSC, doutor em Filosofia pela UFRGS, com estágio de doutorado na Université Catholique de Louvain, Bélgica. Fez pós-doutorado na Columbia University (New York), tendo como tema "Dworkin's Rationality of Adjudication and Habermas Critical Appraisal". Fez também pós-doutorado na Aberystwyth University (País de Gales, Reino Unido), tendo como tema "Habermas's Critique of Kant and Hobbes". É professor da Universidade Federal de Santa Catarina na graduação e no programa de pós-graduação em Filosofia, do qual foi coordenador nos anos de 2008 e 2009. Foi membro da comissão de avaliação da CAPES para a área de Filosofia nos anos de 2009 e 2010. Atualmente compõe a diretoria da ANPOF e é coordenador do GT Teorias da Justiça. É pesquisador do CNPq desde 1999.

Resumo: O estudo reconstrói o argumento de Dworkin pró-aborto baseado no valor intrínseco da vida humana. Em seguida, aponta três objeções que tal argumento pode enfrentar. A primeira objeção é o de ser incoerente e inconsistente. A segunda objeção é que haveria dificuldades para o mesmo ser aceito por estratégias de fundamentação tipicamente morais, como, por exemplo, a posição original de Rawls e o princípio de universalização de Habermas. Finalmente, a terceira objeção consiste na afirmação de que o argumento se constitui como um traçado biopolítico decisionista, especialmente se for levada em consideração a questão do *status* dos seres humanos como pessoas. O estudo conclui que, muito embora o argumento pró-aborto com base no valor intrínseco da vida seja problemático, isso não significa que não possa haver outros argumentos pró-aborto que não adoleçam das mencionadas objeções.

Palavras-chave: Dworkin. Aborto. Valor intrínseco da vida. Liberdade religiosa.

Abstract: The study reconstructs Dworkin's pro-abortion argument, based on the intrinsic value of human life. It raises three objections against this argument. The first objection relates to incoherence and inconsistency. The second objection concerns the difficulties of being compatible with typically moral reasoning strategies, such as the original position of Rawls' and Habermas' principle of universalization. The third objection is the claim that the argument is a feature of biopolitical decisionism, especially when taking into account the question of status of human beings as people. The study concludes that although the pro-abortion argument based on the intrinsic value of life is problematic, this does not mean that there cannot be other acceptable and sound pro-abortion arguments, such as utilitarian ones.

Keywords: Dworkin. Abortion. Intrinsic value of life. Religious freedom.

Resumen: El estudio reconstruye el argumento de Dworkin a favor del aborto basado en el valor intrínseco de la vida humana. A con-

tinuación señala tres objeciones que tal argumento puede enfrentar. La primera objeción es el de ser incoherente e inconsistente. La segunda objeción es que habría dificultades para que el mismo sea aceptado por estrategias de fundamentación típicamente morales, como por ejemplo la posición original de Rawls y el principio de universalización de Habermas. Finalmente, la tercera objeción consiste en la afirmación de que el argumento se constituye en un trazado biopolítico decisionista, especialmente si se toma en consideración la cuestión del *status* de los seres humanos como personas. El estudio concluye que, aun cuando el argumento a favor del aborto en base al valor intrínseco de la vida sea problemático, eso no significa que no pueda haber otros argumentos pro aborto que no padezcan de las mencionadas objeciones.

Palabras clave: Dworkin. Aborto. Valor intrínseco de la vida. Libertad religiosa.

INTRODUÇÃO

O texto reconstrói o argumento de Dworkin pró-aborto baseado no valor intrínseco da vida humana. O cerne do argumento consiste em demonstrar que, vis-à-vis do caráter altamente controverso do valor da vida humana no seu início, somado à importância de tal questão para a moral em geral, o direito, a política, etc., o valor da vida adquire, fatalmente, coloração religiosa. Sendo assim, o direito de abortar comporia parte substantiva da liberdade religiosa.

Feita essa consideração, o estudo escrutina o argumento de Dworkin, a partir de três objeções possíveis, quais sejam: [1] a sua consistência e coerência; [2] a moralidade do aborto em face de argumentos como a posição original de Rawls; [3] o possível traçado biopolítico decisionista de inspiração schmittiana.

DA METODOLOGIA

O texto usa do método conceitual-analítico, típico da filosofia, que consiste na análise dos conceitos, a partir da bibliografia fundamental. Para tal, usar-se-á como texto básico *O domínio da vida*, de Dworkin, a fim de determinar os elementos básicos que compõem o conceito de valor intrínseco. Em seguida, far-se-á a aplicação do mesmo à questão do aborto. Por fim, intenta-se uma visão crítica de tal posicionamento por parte de Dworkin.

DWORKIN: VALOR INTRÍNSECO DA VIDA HUMANA, ABORTO E LIBERDADE RELIGIOSA

Dworkin sustenta que a disputa sobre o aborto não diz respeito à discussão se o feto é ou não é uma pessoa. O desacordo seria mais profundo do que isso, pois remeteria ao valor intrínseco da vida.² Segundo ele, algo pode ter valor intrínseco ou valor derivado. No segundo caso, o valor é derivado de algum atributo ou interesse. No caso do ser humano, a vida mental,³ possibilitada pelo aparelho nervoso central, seria o que daria um valor derivado à vida, ou seja, tornaria o ente vivo com tal característica uma pessoa portadora de direitos. No feto, isso ocorreria por volta do terceiro mês de gestação, sendo isso o que estaria na base da deliberação da Suprema Corte Americana, ao entender que o aborto seria proibido a partir do terceiro trimestre de gestação. Por seu turno, algo vale intrinsecamente quando não há necessidade de uma ulterior determinação da razão pela qual vale. Seria um valor em si mesmo, independentemente de qualquer interesse ou atributo. Exemplos de entes com valor intrínseco poderiam ser espécies de animais, de plantas, obras de arte e, naturalmente, a vida humana. Note-se que a vida humana teria um valor intrínseco, mesmo no caso de não ser uma pessoa portadora de direitos.

2 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: *Life's Dominion*]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 91.

3 DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 91, 113.

Segundo Dworkin, tanto os que defendem o aborto, quanto os que são contra, concordam com o valor intrínseco da vida. O problema é que se interpreta de distintos modos a ideia de que a vida humana é valiosa,⁴ de tal sorte que a própria noção se torna controvertida. Afinal, é o aborto ou o nascimento que serve melhor ao valor intrínseco da vida, por exemplo, quando um feto for deformado ou quando a gravidez arruinar a vida da mulher, o que serve melhor ao valor intrínseco da vida em casos como esse?⁵

Posto isso, Dworkin acede a um segundo estágio de sua teoria, qual seja, pode o Estado, legitimamente ou de forma correta, obrigar os cidadãos a proteger valores intrínsecos, por exemplo, obras de arte, espécies animais?⁶ A resposta é afirmativa. Contudo, no caso da intervenção do Estado para proteger a vida humana intrauterina nos primeiros estágios, ocorreriam dois fatores que impediriam a intervenção legítima, justa, do ente político para proteger a vida humana nascente.

Primeiro fato: o efeito da coação sobre um grupo específico, no caso, as mulheres grávidas, é muito maior do que o efeito sobre os demais membros da sociedade. Ele chega a afirmar que uma gravidez forçada, no sentido de o Estado obrigar a que a gestação fosse levada até o final, seria uma escravidão parcial,⁷ efeito esse na vida da mulher que seria só o começo de uma influência que a futura mãe teria que suportar por toda a vida. Isso não ocorreria no caso da proteção de obras de arte ou da proteção de espécies animais.

Segundo fato: as convicções de como e por que a vida humana tem valor intrínseco é mais fundamental para nossa personalidade moral do que as convicções sobre os animais ou a cultura. As nossas convicções sobre a vida humana são

4 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 96.

5 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 197-8.

6 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 202.

7 DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**: the Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 98.

decisivas para o que pensamos sobre o aborto, a eutanásia, a pena de morte, o pacifismo. Melhor dito, tal convicção influi sobre o modo como vivemos de uma forma geral, global. Tanto isso é verdade que para a maioria das pessoas trata-se de crenças religiosas.⁸ Ora, a crença religiosa alberga justamente o fato do pluralismo, o fato da discordância radical em questões fundamentais da existência.

A fundamentalidade da crença no valor intrínseco da vida não está em que essa pode assumir coloração religiosa, como de fato assume, mas no fato de que é estruturante para a personalidade moral do ser humano. Nesse sentido, as convicções de um ateu sobre tais questões têm um lugar na sua vida igual ou equivalente ao espaço que ocupa a crença religiosa para um crente.⁹ Nesse sentido, é a convicção de Dworkin de que a religião responde aos aspectos mais terríveis da vida humana, o que reside no fato de termos uma vida para dar sentido e enfrentar a morte.¹⁰ Ora, a essas determinações qualquer vida está submetida, de tal forma que mesmo um ateu terá que assumir convicções derradeiras a esse respeito. Aliás, ele registra o voto do juiz Brennan na decisão da Suprema Corte, segundo o qual se a privacidade significa algo, ela significa justamente o direito de o indivíduo não sofrer intromissão do governo em matérias que afetam tão fundamentalmente uma pessoa, como engendrar ou ter um filho.¹¹

Para finalizar, ele arremata que, se a maioria pudesse impor sobre a minoria as suas próprias concepções sobre a santidade da vida, então, o Estado poderia exigir o aborto em alguns casos, por exemplo, no caso de má formação fetal.¹²

Isso, certamente, soaria inconcebível para nós.

8 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida:** una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 202-203.

9 De se observar operar aqui uma leve discordância entre Habermas e Dworkin. Para aquele, a visão pós-metafísica dos ateus implicaria uma facilidade maior em aceitar a liberdade de abortar: HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião:** estudos filosóficos. [F. B. Siebeneichler: Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 318-9.

10 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida:** una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 204.

11 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida:** una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 206.

12 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida:** una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 208.

VALOR INTRÍNSECO E LIBERDADE RELIGIOSA

Muito embora Hobbes sustente no cap. XII do Leviathan que os romanos praticavam a tolerância religiosa, desde que as religiões não tivessem incompatibilidade com o governo civil, a concepção da liberdade religiosa como um direito individual parece ser uma concepção moderna.

Deveras, a liberdade religiosa nasce sob o signo do político, como um *modus vivendi*, no mais tardar no século XVI. No final do século mencionado, veio a lume o Edito de Nantes, 1598, ditado pela necessidade de pôr fim às guerras religiosas. Segundo Forst, o liberalismo é uma teoria política e não moral.¹³ Ou seja, ela teria nascido muito mais da necessidade de regradar questões concretas, no caso, como mencionado, as guerras religiosas, do que por razões morais. Como bem atesta Habermas, “A neutralização do Estado, que se desligou das visões de mundo (religiosas e metafísicas, n.t.) foi a resposta política encontrada para a implacabilidade das guerras religiosas.”¹⁴ Muitas liberdades, alega-se, estão sob o pálio da liberdade religiosa: não transfundir sangue em crianças [Testemunhas de Jeová], não frequentar o ensino fundamental pelos amish [Wisconsin vs. Yoder, 1972], a bigamia, o uso de ayahuasca [daime, Santo Daime] que contém DMT dimetiltriptamina [para adultos e para as crianças],¹⁵ defender a homossexualidade como doença ou pecado.

Mesmo questões de cidadania parecem compor essa agenda. Por exemplo, em relação à participação de cidadãos religiosos no debate público, Rawls estabeleceu o seguinte *proviso*:

O primeiro é que doutrinas abrangentes razoáveis, religiosas ou não religiosas, podem ser introduzidas na discussão pública em qualquer momento, desde que, no momento oportuno, razões

13 FORST, Rainer. **Contextos da justiça:** filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. [D. L. Werle: Kontexte der Gerechtigkeit, Politische Philosophie jenseits Von Liberalismus und Kommunitarismus]. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 46.

14 HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião:** estudos filosóficos. [F. B. Siebeneichler: Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 341.

15 FACUNDES, Jair Araújo. **Pluralismo, direito e Ayahuasca:** autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013. Dissertação de mestrado.

políticas adequadas – e não somente razões ofertadas por doutrinas abrangentes – sejam apresentadas e que sejam suficientes para apoiar o que qualquer doutrina abrangente introduzida diga apoiar. Essa determinação de apresentar razões políticas adequadas eu chamo a *cláusula* [...].¹⁶

Isso pareceria implicar uma exigência assimétrica, a qual Habermas pondera ser contrabalançada por igual exigência aos cidadãos seculares de superarem autorreflexivamente “uma autocompreensão da modernidade, exclusiva e esclerosada em termos secularistas.”¹⁷ Ao analisar esse ponto da argumentação na esfera pública, Habermas sustenta haver o “direito dos co-cidadãos religiosos de apresentarem contribuições a discussões públicas lançando mão da linguagem religiosa.”¹⁸ Segundo ele, o *proviso* de Rawls implicaria exigir “dos cidadãos religiosos uma operação de aprendizagem e de adaptação, da qual os cidadãos seculares estão isentos.”¹⁹

Habermas sugere ser possível uma análise funcional do direito positivo, uma análise que não seja normativa.²⁰ Ele sustenta, ainda, que Hobbes poderia ser considerado um dos primeiros pensadores que teria tornado explícita uma tal determinação.²¹ De fato, no *Leviathan*, 1651, Hobbes opera uma consideração filosófica a partir da funcionalidade do direito. Segundo ele, em relação a certas

16 “The first is that reasonable comprehensive doctrines, religious or nonreligious, may be introduced in public political discussion at any time, provided that in due course proper political reasons - and not reasons given solely by comprehensive doctrines - are presented that are sufficient to support whatever the comprehensive doctrines introduced are said to support. This injunction to present proper political reasons I refer to as *the proviso* [...]” [RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. *The University of Chicago Law Review*. V. 64, N. 3, 1997, p. 783-784; RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 152].

17 HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. [F. B. Siebeneichler: *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 157.

18 HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. [F. B. Siebeneichler: *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 346.

19 HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. [F. B. Siebeneichler: *Zwischen Naturalismus und Religion: Philosophische Aufsätze*]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 154.

20 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992], p.147.

21 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. [Trad. G. Sperber, P. A. Soethe, M. C. Mota: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*]. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 131, 224.

matérias, o direito estaria marcado por uma falta de capacidade de operação. Seria um “não poder” do direito, decorrente de este ser baseado na coação. É assim que ele procede no cap. XXXVII à distinção entre fé e culto [*faith/confession*]. No cap. XLVI, ele sustenta que a lei só obriga a ação externa; ela não obriga a consciência. No cap. XLII, ele defende que as crenças não seguem os comandos humanos. No mesmo diapasão, no XL, descobre-se que pensar e acreditar não são voluntários. Não por nada, Strauss²² e Schmitt²³ afirmaram ser ele o fundador do liberalismo.

No mesmo sentido, na *Carta sobre a tolerância*, 1690, encontramos o mesmo argumento. O direito não pode regradar matérias religiosas pelas mesmas razões alegadas por Hobbes: ninguém pode crer por imposição de outrem;²⁴ a religião pressupõe persuasão, o que não se obtém por coação.²⁵ Além dessa razão funcional, Locke argumenta, também, a partir da diversidade de opiniões sobre matérias religiosas, já que os príncipes sustentam religiões diferentes²⁶, o que implica a possibilidade de a opinião de cada um deles ser errônea²⁷. Esse é um argumento que Locke evidencia a favor da liberdade religiosa, uma conclusão bem diferente daquela de Hobbes, para quem isso seria motivo para a censura e o controle da religião pelo soberano.

Como se percebe, a liberdade religiosa alberga uma gama variada de alegações de direitos nas sociedades democráticas contemporâneas, incluso a liberdade de abortar que é abordada nesse estudo.

22 STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**. Chicago: The University of Chicago Press, 1965 [1953]. STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis**. [Transl. by E.M. Sinclair]. Chicago: The University of Chicago Press, 1952 [1936].

23 SCHMITT, Carl. **El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes**. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004 [1938].

24 LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 5.

25 LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 6.

26 LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 5.

27 LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 9.

COERÊNCIA: COMPARAÇÃO ENTRE O ARGUMENTO DE DWORKIN QUE DEFENDE A LIBERDADE DE ABORTAR, A PARTIR DA LIBERDADE RELIGIOSA, E O ARGUMENTO QUE NEGA A LIBERDADE DE ABORTAR COM BASE NA ALEGAÇÃO DE QUE O FETO É UMA PESSOA

Como visto, a teoria de Dworkin se baseia na noção de valor intrínseco da vida humana. Segundo Dworkin, uma tal noção sufraga a liberdade de abortar. Poderia, no entanto, ser considerado contraintuitivo que a melhor forma de realizar o valor intrínseco da vida seja matar a vida. Pareceria muito intuitivo dizer que proteger a vida honraria melhor o seu valor intrínseco. Na verdade, o posicionamento ético do próprio Dworkin é este. Ou seja, muito embora a sua teoria sufrague o *direito* de abortar, ela, ao mesmo tempo, condena o aborto como um engano *ético*²⁸. Matar uma vida que padece de grande sofrimento pode ser considerado motivo de relevante valor social ou moral, porém, o que dizer de matar uma vida que não sofre. Pareceria mais intuitivo preservá-la. Portanto, a primeira objeção que se levanta é a de ser contraintuitiva. Essa objeção não atinge a teoria oposta, pois essa preserva a vida de forma mais abrangente.

Quiçá, o maior problema da teoria possa ser a sua inconsistência. A coerência é um ponto importante para comparar duas teorias e considerar qual seria mais aceitável ou melhor que outra, senão veja-se:

[...] na filosofia, a teoria metafísica de Spinoza é intrinsecamente mais coerente do que a de Descartes. Descartes postulava a existência de duas espécies de substâncias para dar conta dos dados da experiência. Ele introduziu a substância material, extensa, para explicar os dados do mundo visível e a substância imaterial, não extensa, para explicar os fenômenos do mundo invisível, incluindo a existência e a atividade da alma humana. Porém, Descartes não foi bem sucedido em explicar como as duas espécies de substância eram conectadas. Ao levantar essa desconexão, eclodiu o famoso problema da mente-corpo, de acordo com qual nenhuma explicação pôde ser dada de como o corpo humano agia sobre a mente pela sensação ou como a mente agia

28 DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 36.

sobre o corpo por meio do exercício do livre-arbítrio. Spinoza, por outro lado, postulou somente uma substância para dar conta de tudo. Desse modo, a teoria de Spinoza é internamente mais coerente do que a de Descartes.²⁹

Dworkin parece sustentar dois princípios aplicados ao um mesmo objeto, a vida humana. Ou seja, até por volta do terceiro mês, a vida humana teria só valor intrínseco. Depois do terceiro mês, ou com o surgimento da vida psíquica, a vida passaria a ter também valor derivado, ou seja, seria uma pessoa e teria direitos que o Estado deveria proteger frente aos demais.

O problema é que, em primeiro lugar, o princípio do valor intrínseco rege respostas contrárias, ou seja, pode honrar tanto a morte, no caso do aborto, quanto a manutenção da vida, caso a gestante assim o decida. Isso ocorre porque, na verdade, os dois princípios são de natureza diversa. Algo ter valor intrínseco e algo ser portador de direitos são determinações distintas. Como bem aponta Habermas: “Padrões de valor não têm a universalidade de normas reconhecidas intersubjetivamente e tampouco são pura e simplesmente particulares.”³⁰ Isso significa que a noção de valor pode gerar resultados díspares, muito embora mantenham um certo padrão de racionalidade, porque podem “contar com uma compreensão culturalmente habitual (...)”³¹. Ou seja, o aborto poderia ser justificado, a depender das circunstâncias nas quais a gestante assim o decidisse, ou seja, o aborto poderia até mesmo ser considerado um ato responsável e aceitável, por exemplo, se a gestante fosse muito jovem ou tivesse uma condição econômica vulnerável. Porém, no limite, para Habermas, “argumentações que

29 “[...] in philosophy, Spinoza’s metaphysical theory is more internally coherent than Descartes’s. Descartes postulated the existence of two kinds of substance to account for the data of experience. He introduced extended, material substance to explain the data of the visible world, and nonextended, immaterial substance to explain the phenomena of the invisible world, including the existence and activity of the human soul. But Descartes failed to show how the two kinds of substance were interconnected. In the wake of this disconnection the famous mind-body problem arose, according to which no account could be given of how the human body acted on the mind through the process of sensation or how the mind acted on the body through the exercise of free choice. Spinoza, on the other hand, postulated only one substance to account for everything. Spinoza’s theory is thus more internally coherent than Descartes’s.” [HUXLEY, Patrick. **A Concise Introduction to Logic**. 11. ed. Boston: Wadsworth, 2012 [2006], p. 605-606].

30 HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. (2 v.). [Trad. de P. A. Soethe: Theorie des kommunikativen Handelns]. São Paulo: Martins Fontes, 2012 [1981], p. 45-46.

31 HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. (2 v.). [Trad. de P. A. Soethe: Theorie des kommunikativen Handelns]. São Paulo: Martins Fontes, 2012 [1981], p. 46.

se põem a serviço da justificação de padrões valorativos não satisfazem as condições exigidas por discursos. No caso prototípico, elas assumem a forma da *crítica estética*." Dworkin tem boas razões para a atribuição de valor intrínseco à vida humana até certo estágio, quando, então, passa a ter também direitos, ou seja, valor derivado. As boas razões de Dworkin remetem a um insofismável pluralismo de interpretações a respeito da vida humana em seu início. A sua solução, ao final, consiste em abdicar da atribuição de direitos à vida humana nos seus estágios mais tenros.

Em segundo lugar, os dois princípios podem conflitar entre si. O caso da eutanásia é exemplar: o interesse da pessoa em terminar com a sua vida de sofrimento pode conflitar com o valor intrínseco que as pessoas atribuem à vida, o que se efetiva na proibição da eutanásia.³² O Brasil é justamente um Estado no qual há tal conflito, pois não permite que seus cidadãos escolham a eutanásia. Isso pareceria demandar um terceiro princípio para resolver a contenda entre os dois, ou que se estabelecesse uma ordem lexical de prioridade entre os princípios mencionados, o que, deveras, não foi difícil para Dworkin fazer, haja vista, como dito, os dois princípios serem, na verdade, de natureza diferente. Ora, direitos devem ter prioridade sobre valores.

Nesse sentido, a teoria adversária tem só um princípio, a pessoalidade, sendo que os casos excepcionais poderiam ser aplicados tanto às pessoas-feto quanto às pessoas nascidas, pois a teoria contrária não é contra o aborto *tout court*. Deveras, são duas as possibilidades que funcionam como exceções aceitáveis, posto que elas repõem as vidas no estado de natureza, em que não há injustiça. Uma das exceções que ela alberga é aquela da permissão do aborto para salvar a vida da gestante. Essa é uma exceção coerente, pois se admite também em relação ao homicídio, como estado de necessidade, quando não há crime, pois a necessidade exclui a ilicitude da conduta. Essa poderia ser a situação do aborto para salvar a vida da mãe. Nesse sentido, apenas para referir à história da filosofia, Kant não aceita a escusa do estado de necessidade, ao passo que Hobbes a aceita. Outra exceção poderia ocorrer também para o caso de estupro, pois com

32 DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 85-6.

pedigree para ser considerado como legítima defesa. Deveras, se fosse aceita a teoria dos frutos da árvore envenenada, poder-se-ia pensar o aborto de um feto resultante de estupro como uma defesa legítima de uma consequência advinda da ilegitimidade da ação que a causa. Autores tradicionais da filosofia aceitam essa tese da legítima defesa, como Kant; outros, porém, a recusam, como, por exemplo, certa versão da ética cristã, segundo a qual se deveria dar a outra face. Também Sócrates parece não a ter aceitado.

Portanto, o estágio de desenvolvimento de uma vida seria irrelevante para a predicação de direitos diferenciados, haja vista tudo ser uma questão de temporalidade para a atualização de potencialidades. Nesse sentido, o segundo argumento parece mais coerente porque tem um único critério, ao passo que o primeiro tem dois critérios. Ademais, o segundo argumento é coerente porque pode usar das mesmas exceções aceitáveis para matar uma pessoa que não é feto para matar uma pessoa que é feto, quais sejam, legítima defesa [no caso de estupro] e estado de necessidade [no caso de ser necessário para salvar a vida da mãe].

Nos demais casos, o aborto pareceria não ser justificado, até mesmo por uma razão obrigacional que poderia ser fundamentada em um argumento apresentado por Kant. Deveras, no §28 de sua *Rechtlehre*, Kant estatui como justificação da obrigação de não “destruir o seu filho,” nem de abandoná-lo, como, igualmente, estatui como fundamento do “dever de conservação e cuidado”, um fato jurídico, qual seja, “[...] o ato de procriação como aquele mediante o qual pusemos uma pessoa no mundo, sem o seu consentimento, e a trouxemos arbitrariamente a ele, fato pelo qual recai então sobre os progenitores a obrigação de [...]” O argumento, para a finalidade que aqui se pretende, soaria assim:

Suponha que uma mulher voluntariamente se entrega a uma relação sexual, sabendo do risco de resultar em gravidez e, então, ela engravida. Não é ela em parte responsável pela presença, de fato pela existência mesma, da pessoa não nascida dentro dela? Sem dúvida, ela não convidou aquilo a entrar nela. Porém, a sua responsabilidade parcial pelo ser daquilo lá não dá por si mesma um direito de usar o seu corpo?³³

33 THOMSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. In RACHELS, James, RACHELS, Stuart. **A coisa certa a fazer:** leituras básicas sobre filosofia moral. [Trad. Delamar José Volpato Dutra: The Right Thing to Do]. Porto Alegre, AMGH, 2014, p. 110.

Por seu turno, o argumento contrário diria que os pais, “[...] simplesmente em virtude de sua relação biológica com a criança que veio à existência não têm uma especial responsabilidade por ela.”³⁴ De se mencionar que a teoria obrigacional com base em atos unilaterais tem sólido fundamento jurídico e moral, tanto no kantismo, quanto no âmbito do direito positivo, sendo exemplar disso a promessa de recompensa. Esse argumento de base kantiana torna problemática a analogia que Dworkin faz entre uma gravidez forçada, pela negativa da possibilidade de abortar, e escravidão parcial, já que, no caso da gravidez, há *actio libera in causa*, ao passo que isso não se encontra na escravidão, exceto naquela que, em tempos idos, decorria de obrigação contratual. Segundo Thomson, é justamente pela falta de uma ação livre que em caso de estupro se pode concluir que “[...] a mãe não deu à pessoa não nascida um direito de usar o seu corpo para comida e abrigo.”³⁵ *A contrario sensu*, se houve sexo consentido não haveria que falar que a gravidez resultante se constituiria em um uso indevido do corpo da gestante, muito embora é de se observar que esta não é a conclusão de Thomson, pois, segundo ela, há muita contingência na presumida voluntariedade de uma gravidez. Apesar de toda a teoria concernente às obrigações de fazer e ao que o corpo do promitente pode ser forçado a fazer, há pelo menos um caso que não se resolve em perdas e danos e no qual o corpo é diretamente envolvido na obrigação. Trata-se da possibilidade de prisão civil por inadimplemento inescusável de pensão alimentícia. Tal obrigação decorre claramente de a filiação ser ato voluntário, portanto, como bem apontou Kant, fonte de obrigações inescusáveis para o corpo do autor do ato. *Mutatis mutandis*, esse seria o caso da gestante.

Por fim, há que se anotar que não se poderia aproximar o aborto da eutanásia, como faz Dworkin, haja vista esta última ser ato postestativo, não passível para o primeiro caso. Dito de outra forma, *volenti non fit iniuria*, o que deseja não sofre injustiça, ou seja, neste caso, o consentimento do que sofrerá a eutanásia poderia muito bem funcionar como uma excludente de tipicidade ou de ilicitude do homicídio.

34 THOMSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. In RACHELS, James, RACHELS, Stuart. **A coisa certa a fazer:** leituras básicas sobre filosofia moral. [Trad. Delamar José Volpato Dutra: The Right Thing to Do]. Porto Alegre, AMGH, 2014, p. 117.

35 THOMSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. In RACHELS, James, RACHELS, Stuart. **A coisa certa a fazer:** leituras básicas sobre filosofia moral. [Trad. Delamar José Volpato Dutra: The Right Thing to Do]. Porto Alegre, AMGH, 2014, p. 110.

POSIÇÃO ORIGINAL E POLÍTICA GENÉTICA

Para se avaliar a moralidade do aborto, pode-se ensaiar um experimento a partir da posição original, tal qual formulada por Rawls.³⁶ Uma vantagem dessa posição é que ela obriga a pensar os princípios de justiça que funcionarão como limitação do escopo da liberdade privada, a partir de um espesso véu de ignorância que inclui, por exemplo, o desconhecimento com relação à religião que se terá e, para o ponto aqui em consideração, desconhecimento em relação a qual geração pertence a parte na posição original.³⁷ Segundo ele, tal ignorância é apropriada porque a justiça ocorre também entre gerações. Deveras, no último parágrafo do texto ele afirma: “Sem fundir todos os homens em uma única pessoa, mas antes reconhecendo os indivíduos como distintos e separados, essa visão nos possibilita a imparcialidade, mesmo entre pessoas que não são contemporâneas, mas que pertencem a diferentes gerações.”³⁸

As condições da posição original, mormente o véu de ignorância, que é a parte principal de sua estrutura, já que é tal véu que esquematiza a determinação da equidade, são determinadas pelo equilíbrio reflexivo.³⁹ Porém, tal equilíbrio não é estável, de tal forma que novas condições de ignorância poderiam ser acrescentadas à posição original, já que o determinante do equilíbrio reflexivo é a construção do véu de ignorância: “Mas este equilíbrio não é necessariamente

36 Cohen chama a posição original de uma máquina produtora de justiça [COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 5].

37 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 118.

38 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. [Trad. A. Pisetta e L. M. R. Esteves: A Theory of Justice]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 654

39 “In searching for the most favored description of this situation we work from both ends. We begin by describing it so that it represents generally shared and preferably weak conditions. We then see if these conditions are strong enough to yield a significant set of principles. If not, we look for further premises equally reasonable. But if so, and these principles match our considered convictions of justice, then so far well and good. But presumably there will be discrepancies. In this case we have a choice. We can either modify the account of the initial situation or we can revise our existing judgments, for even the judgments we take provisionally as fixed points are liable to revision. By going back and forth, sometimes altering the conditions of the contractual circumstances, at others withdrawing our judgments and conforming them to principle, I assume that eventually we shall find a description of the initial situation that both expresses reasonable conditions and yields principles which match our considered judgments duly pruned and adjusted. This state of affairs I refer to as reflective equilibrium.” [RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, §5, p. 18].

estável. Está sujeito a ser perturbado por outro exame das condições que se pode impor à situação contratual e por casos particulares que podem nos levar a revisar nossos julgamentos.”⁴⁰

No final do §17 de sua *A Theory of Justice*, ele afirma que a eugenia não é incompatível com o seu segundo princípio de justiça. Considerando que a eugenia implica experimentação e manipulação de embriões, cabe perguntar se ela seria compatível com o primeiro princípio de justiça, até porque a avaliação da matéria a partir do segundo princípio depende de a mesma ser aceita a partir do primeiro princípio, haja vista o respeito devido à prioridade do justo sobre o bem. Para se verificar essa compatibilidade, deve-se perguntar pela sua aceitação ou não aceitação na posição original. Sabidamente, Rawls submete só os princípios de justiça à posição original e não matérias específicas. Contudo, nesse caso, ele parece ter alocado a matéria diretamente na posição original. Senão veja-se:

Também existe, pelo menos teoricamente, a questão de uma política genética razoável. Nesses casos também, a fim de levarem adiante a ideia da posição original, as partes não devem conhecer as contingências que as colocam em oposição. Elas devem escolher princípios cujas consequências, estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam.⁴¹

Tal formulação é sintomática da importância que se deve atribuir à questão, pois parece ter sido uma das poucas matérias que devem ser tratadas na posição original, a qual foi desenhada especialmente para a justificação de princípios. Até porque parece não ser possível um consenso sobreposto no que concerne a essa questão: “questões disputadas, tais como a do aborto, pode conduzir a um impasse entre diferentes concepções políticas, e os cidadãos devem simplesmente votar sobre a questão”⁴², sendo que, então, é voto que poderá dar uma razoabilidade momentânea, visto se tratar de uma *hotly disputed question*, cuja deliberação se torna obrigatória pela regra da maioria⁴³. Como bem anotou Habermas a esse respeito:

40 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. [Trad. A. Pissetta e L. M. R. Esteves: *A Theory of Justice*]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 23.

41 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. [Trad. A. Pissetta e L. M. R. Esteves: *A Theory of Justice*]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 147.

42 RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996. p. lv.

43 RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996. p. lvi.

Os católicos, que insistem em uma proibição genérica [do aborto], afirmam ser mais importante para eles sua convicção religiosa do valor da inviolabilidade da vida do que qualquer outro valor político em nome do qual os cidadãos esperam contar com sua anuência a uma regulamentação por assim dizer moderadamente liberal.⁴⁴

Por isso mesmo, quiçá, deva-se falar de um *modus vivendi* estável,⁴⁵ uma possibilidade que teria sido negada por Rawls. Quiçá, isso possa ser uma decorrência da fundamentalidade do conceito de pessoa, como se tal conceito tivesse que ser determinado na posição original, de tal forma que o tratamento de uma política genética na posição original poderia ser lida como um sintoma da mencionada fundamentalidade, tendo em vista a continência de ambas as questões.

Nesse ponto, há que considerar algumas determinações fundamentais da posição original. Destacam-se aqui três: a incerteza⁴⁶, a racionalidade das partes que têm um alto nível de aversão ao risco⁴⁷, a gravidade do risco envolvido⁴⁸. No presente caso, o risco envolvido é a própria existência da parte. Logo, nada mais grave que isso.

Para averiguar como isso poderia funcionar, tome-se um caso construído a partir de um exemplo apresentado por Hare⁴⁹. Suponha que a parte não saiba, na posição original, ou que a sua existência só seria possível como fruto de uma técnica, cuja construção tenha de ser feita à custa de experiências que destroem embriões, ou se ele seria um dos embriões destruídos nas experiências que tornariam possível a construção da referida técnica. Ou seja, a parte não saberia

44 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. [Trad. G. Sperber, P. A. Soethe, M. C. Mota: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie]. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 113.

45 SALA, Roberta. The Place of Unreasonable People beyond Rawls. **European Journal of Political Theory**. Published online 21 February 2013, p. 1-8.

46 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 132, 134, 147.

47 “[...] takes into account the high level of risk aversion that it seems any normal person would have in the original position;” [RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 144]. Rawls parece um pouco dúbio em relação ao risco. Por um lado, ele afirma na p. 73, final do §3, que atitudes extremas com relação ao risco não são postulados, que não há uma “assumption of very high risk aversion.” Por outro lado, na p. 118, §24, ele assume a aversão ao risco que, portanto, não deve ser muito alta.

48 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 134.

49 HARE, R. M. **Essays on Bioethics**. Oxford: Clarendon Press, 2000, p. 130.

se é fruto de uma experiência que destruiu embriões ou se é o embrião destruído. Essa formulação pode ser válida inclusive para pesquisas com células-tronco embrionárias.

Nesse caso, não há como raciocinar a partir da razoabilidade e racionalidade, já que nas duas escolhas possíveis não haveria como garantir a própria existência. Ou seja, não há como raciocinar a partir da regra *maximin*, pois não há como calcular o pior resultado, haja vista ser necessário aceitar as consequências sem saber a qual geração se pertence. Logo, no caso em tela, não há como decidir. Trata-se de um impasse, cuja única solução é por argumentação e votação dos que já sabem a qual geração pertencem. É o que Rawls defende no caso do aborto.

Aliás, no caso do aborto, a hipótese que se pretende sustentar é a de que as partes fariam, na posição original, um raciocínio semelhante àquele expresso pelo pensamento de Hare a respeito do assunto. A argumentação de Hare poderia ser indicativa do modo como as partes raciocinariam na posição original. Hare, como se sabe, argumenta a respeito do aborto a partir da regra de ouro. O argumento básico é o de que não se poderia contar com a concordância advocatícia dos que são abortados. Muito poucos prescreveriam o próprio aborto, sendo de se pressupor uma cautelar de preservar a vida e de deixar a pessoa se suicidar, caso não quisesse viver, haja vista que o único valor acima da vida seria o direito à liberdade. Segundo Hare, a regra de ouro, o imperativo categórico de Kant, a teoria do observador ideal, a teoria do contratante racional, vários tipos de utilitarismo e o prescritivismo universal por ele mesmo proposto têm em comum a justificação lógica que o seu prescritivismo aponta. Tal base lógica, no que concerne ao aborto, seria mais bem formulada por meio da regra de ouro:

[...] que devemos fazer aos outros o que gostaríamos que eles nos fizessem. É uma extensão lógica dessa forma de argumento dizer que nós devemos fazer aos outros o que *nós gostaríamos que fosse feito a nós*. Duas mudanças (seguramente, facilmente admissíveis) estão aqui envolvidas. A primeira é uma mera diferença nos tempos verbais que não podem ser moralmente relevantes. Em vez de dizer que nós devemos fazer aos outros o que gostaríamos (no futuro) que eles nos fizessem, nós dizemos que devemos fazer aos outros o que nós gostaríamos que fosse feito a nós (no passado). A segunda é uma mudança do hipotético para o real [...] A aplicação dessa determinação ao problema do aborto

é óbvia. Se nós estamos satisfeitos por ninguém ter terminado com a gravidez que resultou em *nosso* nascimento, *ceteris paribus*, [não deveríamos] terminar qualquer gravidez que resultará no nascimento de uma pessoa tendo uma vida como as nossas.⁵⁰

Segundo ele, a universalidade que é a parte lógica da regra de ouro “[...] requer de nós fazer o mesmo julgamento moral sobre casos qualitativamente iguais e sobre casos que similares de maneira *relevante*.”⁵¹ Com efeito, se temos satisfação em não termos sido abortados, mas prescrevemos a possibilidade do aborto dos outros, geramos uma inconsistência lógica. Tal inconsistência sinaliza, ademais, um problema de equidade na consideração de todos os interesses. Por isso mesmo, o véu de ignorância da posição é um procedimento que força à consideração da equidade. Obviamente, o aborto poderia ainda ser permitido em outras bases, por exemplo, utilitaristas.

Em apertada síntese, se conjugarmos a incerteza, a aversão ao risco das partes na posição original e o caráter autointeressado⁵² e racional das mesmas, com toda certeza, a própria vida seria considerada um dos bens primários mais importantes. Bens primários são certas coisas que todo ser racional quer: “Indivíduos racionais, independentemente do que mais venham a querer, desejam certas coisas [...]”⁵³. Nesse diapasão, pode-se defender que os indivíduos raciocinariam de forma semelhante àquela que Hare apresentou, ou seja, teriam uma satisfação em não terem sido abortadas e, provavelmente, não quereriam ser abortadas, pois,

50 “[...] that we should do to others as we wish them to do to us. It is a logical extension of this form of argument to say that we should do to others what *we are glad was done to us*. Two (surely readily admissible) changes are involved here. The first is a mere difference in the two tenses which cannot be morally relevant. Instead of saying that we should do to others as we wish them (in the future) to do to us, we say that we should do to others as we wish that they had done to us (in the past). The second is a change from the hypothetical to the actual [...] The application of this injunction to the problem of abortion is obvious. If we are glad that nobody terminated the pregnancy that resulted in *our* birth, then we are enjoined not, *ceteris paribus*, to terminate any pregnancy which will result in the birth of a person having a life like ours.” [HARE, R. M. **Abortion and the Golden Rule**. Philosophy and Public Affairs. V. 4, N. 3, 1975, p. 208].

51 “[...] requires us to make the same moral judgment about qualitatively identical cases, and about cases which are *relevantly* similar.” [HARE, R. M. **Abortion and the Golden Rule**. Philosophy and Public Affairs. V. 4, N. 3, 1975, p. 208-209].

52 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 102, §20.

53 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. [Trad. A. Pissetta e L. M. R. Esteves: A Theory of Justice]. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 438-9.

não sabendo a qual geração pertenceriam, teriam que, por aversão ao risco, interditar o aborto.⁵⁴ Quiçá, as duas exceções aceitas para o homicídio também seriam aceitas para o aborto, vis-à-vis do caráter autointeressado das partes, de tal forma que o critério a ser escolhido por elas para o início da personalidade moral seria aquele da concepção, haja vista honrar melhor a potencialidade para a personalidade moral, claramente aceita por Rawls⁵⁵.

ABORTO: UM CALCANHAR DE AQUILES BIOPOLÍTICO?

Para que a argumentação de Dworkin funcione, tem uma premissa que é pressuposta e que pode ser questionada, qual seja, a aceitação de que o feto não é pessoa constitucional. Só então a decisão sobre o valor intrínseco, inerente da vida humana, é remetida para a privacidade de cada gestante.⁵⁶

54 O raciocínio a partir da ética discursiva de Habermas mostra-se controverso. Como se sabe, ele formula o princípio de universalização do seguinte modo: “[...] se as consequências e efeitos colaterais, que previsivelmente resultarem de uma obediência *geral* da regra controversa para a satisfação dos interesses de *cada indivíduo*, podem ser aceitos *sem coação* por **todos**.” [HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 116 [HABERMAS, Jürgen. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 103]]. Este princípio é a expressão da idéia fundamental de uma ética do discurso, cujo princípio D é: “só podem reclamar validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um Discurso prático” [HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 116 [HABERMAS, Jürgen. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 103]]. Isso parece pressupor uma comunidade de comunicação idealmente ilimitada [HABERMAS, Jürgen. **Erläuterungen zur Diskursethik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 159], pois o ponto de vista moral por ele defendido parece implicar um alargamento da comunidade dos que argumentam, para incluir todos os concernidos possíveis [HABERMAS, Jürgen. **Erläuterungen zur Diskursethik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 124]. Ele sugere que um tal alargamento implica, por exemplo, transpor o próprio âmbito cultural, mas, implicaria transpor a própria geração e considerar todas as gerações possíveis? Finalmente, ele afirma ser contraditória, performativamente, a seguinte formulação: “Depois de excluir A, B, C... da discussão (ou, conforme o caso, depois de tê-los reduzido ao silêncio ou de ter-lhes imposto nossa interpretação), podemos finalmente nos convencer de que N é legítima.” [HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 114]. Seria de se perguntar, a partir dessas considerações, como deveria ser tratada a questão do aborto.

55 “One should observe that moral personality is here defined as a potentiality that is ordinarily realized in due course. It is this potentiality which brings the claims of justice into play. [...] We see, then, that the capacity for moral personality is a sufficient condition for being entitled to equal justice” [RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999, §77].

56 DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida**: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. [R. Caracciolo y V. Ferreres: *Life’s Dominion*]. Barcelona: Ariel, 1998, p. 206.

Anteriormente, considerou-se a teoria de Locke sobre a tolerância. Há que se acrescer àquela consideração que, além das condições embasadas no “não pode”, característico da forma do direito calcada na coação, Locke acresce um “não deve.” Ou seja, Locke acresce uma consideração normativa sobre os limites, a extensão da tolerância: “o quão longe se estende o dever da tolerância”.⁵⁷ Para dar conta disso, ele introduz o critério de não causar dano [*prejudice*] à vida, à liberdade e à propriedade. Muito embora ele use o termo pessoa e cidadão como os titulares de tais bens civis, no geral ele atribui ao homem. Sabidamente, a categoria homem é mais abrangente do que aquela de pessoa e cidadão. Tal consideração do evitar dano se torna importante se for discutido o momento da pessoalidade do feto. Obviamente, Dworkin não a concede até o terceiro mês. Contudo, isso pode ser questionado.

O consenso constitucional dworkiniano tem um calcanhar de Aquiles fatural: ter que anular, despersonalizar, um corpo para que surja a possibilidade de não haver dano. Nesse diapasão, o *Leviathan* é a força dos mais fortes contra os mais fracos, de tal forma que, ou há um decisionismo biopolítico, no sentido de Schmitt e Agamben; ou a única maneira de tratar normativamente o aborto é pelas construções teórico-normativas em torno dos casos-limite em relação ao homicídio, que não despersonalizam ninguém, nem o feto. O ponto forte desses casos-limite é que eles tratam da morte sem despersonalizar o ser que é morto. Trata-se da possibilidade de matar uma pessoa. Portanto, aplicar-se-ia ao feto, mesmo que ele fosse uma pessoa. Logo, assim interpretado, defender a possibilidade de abortar, em alguns casos, não se constituiria em inconsistência na posição de quem defende que o feto é uma pessoa, visto se aplicar também para os casos de homicídio.

Nesse viés, segundo Ely, há mais do que o corpo da mãe envolvido na decisão sobre o aborto: o feto pode não ser uma pessoa, mas nada ele não é.⁵⁸ Ademais, ele desfaz o argumento da escravidão parcial, sustentado por Dworkin no diapasão do discurso da tirania das majorias, na medida em que, sustenta ele, “comparado

57 LOCKE, John. **Two Treaties of Government and A Letter Concerning Toleration**. [Ed. by Ian Shapiro]. New Haven and London: Yale University Press, 2003 [1690 & 1689], p. 223.

58 ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. **Yale Law Journal**. V. 82, 1973, p. 931.

aos homens, muito poucas mulheres se sentam em nossas legislaturas [...] Mas, fetos não se sentam em nossas legislaturas”.⁵⁹

Em geral, as teorias morais contêm um calcanhar de Aquiles realista, ainda que Dworkin, sabidamente, tente evitar isso em toda a sua obra.⁶⁰ Contudo, estabelecer como marco da atribuição de valor derivado o fato biológico da vida psíquica é claro indício de que ocorre um calcanhar de Aquiles realista. Ora, esse é um dos pontos que permite levantar objeções a Dworkin, pois é a determinação mencionada que justifica a despersonalização da vida humana nos seus inícios, de tal forma que a morte da mesma não possa ser caracterizada como sendo homicídio.

O grande princípio de não causar dano, por exemplo, como já estabelecido anteriormente por Locke, pode ser considerado como o verso da medalha do registro de Hobbes de que, no confronto com a vida, a normatividade perde aderência. Ou seja, ela deixa de obrigar. É isso que confere o direito natural⁶¹ de resistir. Certamente, fetos não podem resistir, mas, sem embargo, resistem do modo que todo corpo vivo se defende. Na interpretação que Finnis fornece de Aquino, este último teria sustentando que todas as substâncias têm uma tendência natural de se autoconservarem, o que implicaria, portanto, uma força do feto na direção oposta àquela de sua destruição.⁶²

O importante para o que interesse ao presente estudo é apontar que, para Hobbes, não há normatividade capaz de tornar justificável a aniquilação de alguém. De fato, segundo ele, no cap. XXI do *Leviathan*, nunca é injusto resistir à morte, ou seja, a morte é uma das coisas que pode ser recusada sem injustiça. O ato de matar repõe os viventes no estado de natureza, o que ocorre, de fato, nas duas exceções propugnadas pela teoria concorrente à de Dworkin. Isso pode ser concluído pela afirmação do cap. XIII, segundo a qual no estado de guerra,

59 ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. **Yale Law Journal**. V. 82, 1973, p. 933.

60 DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

61 O significado da expressão direito natural não precisa ser tomado em um sentido inflacionado metafisicamente, mas pode sê-lo no mesmo sentido em que Kant o emprega, por exemplo, ao tomar a primeira posse como fundamento para a aquisição [KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 251]. Poderia ser também no sentido kantiano de um direito inato.

62 FINNIS, John. **Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1998, p. 81-82.

“nada pode ser injusto”. Sabidamente, para Hobbes, estado de natureza e estado de guerra são o mesmo. Como se aprende do cap. XXI, em conexão com o XXVIII do *Leviathan*, o contrato social exige que: “Ninguém tem a liberdade de resistir à espada do Estado, em defesa de outrem, seja culpado ou inocente. Porque essa liberdade priva a soberania dos meios para proteger-nos, sendo, portanto, destrutiva da própria essência do Estado;” Esclarece ele: “Ao fundar um Estado, cada um renuncia ao direito de defender os outros, mas não de defender-se a si mesmo. Além disso, cada um se obriga a ajudar o soberano na punição de outrem, mas não na sua própria.” Ainda que Hobbes negue a possibilidade de legítima defesa de terceiro ou estado de necessidade de terceiro, a doutrina jurídica e moral contemporânea admite a ambas, mesmo contra os atos do Estado, vis-à-vis dos casos de intervenção humanitária. No caso em tela, a legítima defesa trata de uma resposta a uma ação contra quem não agiu injustamente. Ora, segundo Kant, ninguém cometeu ilícito antes de qualquer ato jurídico,⁶³ de tal forma que todos “têm o direito a estar onde os colocou a natureza ou o acaso (sem o concurso da sua vontade).”⁶⁴

Desse modo, atentar contra a existência de alguém que não cometeu injustiça é um ato ilegítimo, autorizando a defesa legítima. No caso, trata-se da defesa de terceiro, o feto. É o que fazem os que são contra o aborto, por exemplo, quando destroem uma clínica que pratica o aborto, desafiando desse modo a desobediência civil e mesmo a resistência aberta ao Estado.

Desse modo, o princípio de não causar dano à vida pode ser interpretado como uma condição mínima da possibilidade de uma norma obrigar. A partir do momento em que ela causar dano, e esse dano for significativo, a norma perderá o caráter obrigacional. Ora, a significatividade do dano em caso de morte é pressuposta. Ou seja, se há um mínimo de dano a ser concedido, ele, com toda certeza, concerne à morte violenta. Matar alguém causa dano a esse alguém.

Nesse sentido, Schmitt só fez tirar a conclusão biopolítica que sobressai dessas considerações. De fato, anota ele,

63 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 238.

64 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 262.

... nenhum programa, nenhum ideal, nenhuma norma e nenhuma conveniência empresta um direito de dispor sobre a vida física de outros homens [...] Não há nenhuma meta racional, nenhuma norma, por correta que seja, nenhum programa, por exemplar que seja, nenhum ideal social, ainda que tão belo, nenhuma legitimidade ou legalidade que possam justificar que homens se matem mutuamente por eles.⁶⁵

Com efeito, para ele, o político designa “apenas um grau de intensidade”,⁶⁶ melhor dito, o grau máximo, que é aquele que dispõe sobre a vida. A aniquilação, segundo Schmitt, é sempre arbitrária, visto não haver nada que justifique tirar a vida de *outros* homens. Por isso mesmo, só pode se explicar politicamente, como biopolítica operante no estado de natureza, no qual não há injustiça.

Como apontado, essa é uma tradição que remonta a Hobbes e a Locke. De fato, este dissera no início do Segundo Tratado que “Political power, then, I take to be a right of making laws with penalties of death, and consequently all less penalties”. Por isso Schmitt pode concluir que “por este poder sobre a vida física dos homens eleva-se a comunidade política sobre toda outra espécie de comunidade ou sociedade”,⁶⁷ o que inclui todas as formas de desamparo legal.⁶⁸ Como bem pontua Schmitt, “a competência para dispor sobre a vida e morte de um homem [...] pode também caber a uma outra associação existente no interior da unidade política, como a família ou ao chefe da família...”⁶⁹ Ora, esse é precisamente o caso do aborto, o qual é destinado às gestantes.

No mesmo diapasão, Agambem registra: “a vida nua tem, na política ocidental, este singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens”⁷⁰. Colhe-se, ainda, de sua lavra:

É como se toda valorização e toda ‘politização’ da vida (como está

65 SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 75.

66 SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 64.

67 SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992 [1932], p. 74.

68 SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 72.

69 SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 74.

70 AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. [H. Burigo: Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita I]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002, p.15.

implícita, no fundo, na soberania do indivíduo sobre a sua existência) implicasse necessariamente uma nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante, é então somente 'vida sacra' e, como tal, pode ser impunemente eliminada. Toda sociedade fica este limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam os seus 'homens sacros'.⁷¹

Como percebemos, até o linguajar biopolítico de Agamben se assemelha àquele de Dworkin. Para ambos, a sacralização da vida é o verso da medalha da sua disponibilidade para matar sem cometer homicídio. O âmbito do religioso abona a conduta que retira a vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A solução dworkiniana para a justificação da possibilidade do aborto é engenhosa e original, haja vista a mesma compor parte substantiva da liberdade religiosa. No entanto, foram levantadas três objeções ao mesmo.

A primeira objeção sustenta que a posição contrária à de Dworkin, qual seja, aquela que proíbe o aborto, é mais coerente e consistente, haja vista ter um único critério para avaliar a vida humana em todos os seus estágios, qual seja, o da pessoalidade. Ainda que pudesse haver controvérsia sobre o critério da concepção para que o ser humano adquira personalidade, e não em estágios anteriores, a teoria adversa à de Dworkin pode responder que, em comparação, ela é pelo menos mais defensora da vida, ou seja, é mais inclusiva da proteção da vida.

A segunda objeção escrutinou se a posição pró-aborto seria aceita na posição original. A conclusão foi a de que as partes na posição original escolheriam uma defesa moderada do aborto, ou seja, nos termos da teoria adversa àquela de Dworkin. De se observar que o presente estudo estende para o tratamento do aborto as mesmas exceções para o homicídio, ou seja, estado de necessidade e legítima defesa. Daí decorre ser considerada moderada possibilidade do aborto que as partes escolheriam na posição original, já que o mesmo seria permitido nesses casos.

71 AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. [H. Burigo: Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita I]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002, p. 146.

Por fim, o artigo conclui que dispor sobre a possibilidade de matar é um traço biopolítico decisionista intransponível de qualquer comunidade política. Segundo Schmitt, a comunidade política se alicerça na disponibilidade da vida humana e, a rigor, de qualquer vida, como a dos animais, plantas, etc. Decidir sobre o aborto não seria exceção a isso. A partir de Schmitt, o texto conclui que matar é um ato que nunca pode ser justificado moralmente, exceto, quiçá, quando potestativo for e, ademais, em estado de necessidade ou em legítima defesa.

Por fim, ainda duas observações. A primeira é que a possível problematidade do argumento de Dworkin não implica que o aborto não possa ser defendido com outras razões. A segunda é que Thomson admite que em raríssimos casos o argumento do consentimento da gestante seria procedente.⁷² É um indício razoável de que o argumento é bom. Talvez, então, se devesse concluir que o aborto é uma prática que é imoral, mas que é tolerada devido a uma legislação bárbara e primária. Sabidamente, é o modo como Kant trata do duelo e do infanticídio.⁷³

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. [H. Burigo: Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita I]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. [R. Caracciolo y V. Ferreres: Life's Dominion]. Barcelona: Ariel, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Religion without God**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. **Yale Law Journal**. V. 82, 1973.

FACUNDES, Jair Araújo. **Pluralismo, direito e Ayahuasca: autodeterminação e legitimação do poder no mundo desencantado**. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013. Dissertação de mestrado.

72 THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. In RACHELS, James, RACHELS, Stuart. **The Right Thing to Do**. 6. ed., New York: McGraw-Hill, 2012, p. 97.

73 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 217 [RL, AA 06: 337]

FINNIS, John. **Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1998.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. [D. L. Werle: Kontexte der Gerechtigkeit, Politische Philosophie jenseits Von Liberalismus und Kommunitarismus]. São Paulo: Boitempo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. [Trad. G. Sperber, P. A. Soethe, M. C. Mota: Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie]. 2. ed., São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [1992].

HABERMAS, Jürgen. **Erläuterungen zur Diskursethik**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. (2 v.). [Trad. de P. A. Soethe: Theorie des kommunikativen Handelns]. São Paulo: Martins Fontes, 2012 [1981].

HARE, R. M. *Abortion and the Golden Rule*. **Philosophy and Public Affairs**. V. 4, N. 3, 1975, p. 201-222.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. [Trad. J. P. Monteiro e M.B.N. da Silva: Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBBS, Thomas. **Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil**. Oxford: Oxford University Press, 1998 [1651].

HUXLEY, Patrick. **A Concise Introduction to Logic**. 11. ed., Boston: Wadsworth, 2012 [2006].

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. [Trad. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797].

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 [1689].

LOCKE, John. **Two Treaties of Government and A Letter Concerning Toleration**. [Ed. by Ian Shapiro]. New Haven and London: Yale University Press, 2003 [1690 & 1689].

MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e o sentido da vida. **Revista Consultor**

Jurídico, 16 de fevereiro de 2013. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida] acesso em 20 de maio de 2013.

RACHELS, James, RACHELS, Stuart. **A coisa certa a fazer**: leituras básicas sobre filosofia moral. [Trad. Delamar José Volpato Dutra: The Right Thing to Do]. Porto Alegre, AMGH, 2014.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

RAWLS, John. The Idea of Public Reason Revisited. **The University of Chicago Law Review**. V. 64, N. 3, 1997, p. 783-784

RAWLS, John. **The Law of Peoples**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. [Trad. A. Pisetta e L. M. R. Esteves: A Theory of Justice]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SALA, Roberta. The Place of Unreasonable People beyond Rawls. **European Journal of Political Theory**. Published online 21 February 2013, p. 1-8.

SALA, Roberta. The Place of Unreasonable People beyond Rawls. **European Journal of Political Theory**. Published online 21 February 2013, p. 1-8.

SCHMITT, Carl. **El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes**. [Trad. F. J. Conde]. Granada: Comares, 2004 [1938].

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 74.

STRAUSS, Leo. **Natural Right and History**. Chicago: The University of Chicago Press, 1965 [1953].

STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes: Its Basis and Its Genesis**. [Transl. by E.M. Sinclair]. Chicago: The University of Chicago Press, 1952 [1936].

Recebido em: nov/2013

Aprovado em: ago/2014