

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

André Freire Azevedo

**DIREITO AO ABORTO E CONSTITUIÇÃO:
Gênero, identidade, diferença e jurisdição constitucional**

BELO HORIZONTE

2016

ANDRÉ FREIRE AZEVEDO

**DIREITO AO ABORTO E CONSTITUIÇÃO:
Gênero, identidade, diferença e jurisdição constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: “História, Poder e Liberdade”

Projeto coletivo: “Identidades, Reconhecimento e Novos Saberes Jurídicos”

Orientador: Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

BELO HORIZONTE

2016

A994d Azevedo, André Freire
Direito ao aborto e constituição : gênero, identidade, diferença e
jurisdição constitucional / André Freire Azevedo. - 2016.

Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito

1. Direito constitucional - Teses 2. Direitos humanos 3. Aborto -
Aspectos jurídicos I. Título

CDU(1976) 343.621

ANDRÉ FREIRE AZEVEDO

**DIREITO AO ABORTO E CONSTITUIÇÃO:
Gênero, identidade, diferença e jurisdição constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

DATA DA DEFESA: _____

Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Para minha mãe (que certamente discordará
de grande parte dos resultados desse estudo)
e para minha irmã.

angústia

agonizo se tento
retomar a origem das coisas
sinto-me dentro delas e fujo
salto para o meio da vida
como uma navalha no ar
que se espeta no chão

não posso ficar colado
a natureza como uma estampa
e representá-la no desenho
que dela faço
não posso
em mim nada está como é
tudo é um tremendo esforço de ser

joão ricardo, joão apolinário
in: Secos & Molhados (1974)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a questão do direito ao aborto sob o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional. A hipótese a ser avaliada é a de que é juridicamente exigível, pela via principal ou incidental, a declaração de inconstitucionalidade (ou de não-recepção), sem redução de texto, da incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal ao aborto realizado no primeiro trimestre de gestação (até a décima terceira semana). A *primeira parte* do trabalho, dividida em dois capítulos, contém considerações teóricas e metodológicas sobre a pesquisa jurídica em direitos fundamentais aplicada ao estudo das desigualdades de gênero. O *primeiro capítulo* discute a questão da virada linguística na filosofia e suas implicações para a construção de uma teoria democrática dos direitos humanos e fundamentais, a partir da análise exemplar de distintas abordagens sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. No *segundo capítulo*, são trabalhados conceitos chave como gênero, sujeito e identidade – que informarão a análise sobre o modo com que sujeitos de direitos com marcadores de gênero são produzidos e reproduzidos, de modo sempre contingente e precário, durante o processo insaturável de interpretação do sistema de direitos humanos e fundamentais, na dialética entre identidade e diferença. A *segunda parte* é dedicada à pesquisa propriamente dita, e está dividida em cinco capítulos. O *terceiro capítulo* é dedicado à contextualização histórica e social do problema de pesquisa e ao delineamento da hipótese de investigação. Considerando que os direitos fundamentais não possuem essências, mas sim conteúdos em permanente disputa na esfera pública democrática, o *quarto capítulo* é dedicado a mapear o debate institucional sobre direitos sexuais e reprodutivos realizado na Câmara dos Deputados desde a redemocratização, para analisar de que forma esses discursos, na medida em que fazem referência a um horizonte comum de direitos fundamentais e de conceitos centrais para o Direito Constitucional (vida, igualdade, liberdade, autonomia, saúde, integridade física e psicológica, etc.), disputam um espaço comum de enunciação sobre a identidade do sujeito constitucional. No *quinto capítulo*, são discutidos dois casos paradigmáticos sobre vida e aborto julgados pelo STF: a ADI 3.510 e a ADPF 54. No *sexto capítulo*, é analisado criticamente, à luz do Direito Constitucional, o eixo discursivo metafórico que busca encontrar relações de equivalência e identidade entre embrião, feto e pessoa, a partir de seus quatro eixos principais: enquanto debate sobre o início da vida; enquanto discussão sobre a titularidade de direitos fundamentais por parte do embrião e do feto; enquanto discussão sobre o Pacto de San José da Costa Rica e a proteção da vida “desde a

concepção”; e enquanto discussão sobre a proteção constitucional ou legal da vida em sentido objetivo. No *sétimo capítulo*, por fim, a hipótese de trabalho é submetida à análise à luz dos direitos humanos e fundamentais implicados na controvérsia, em um eixo discursivo metonímico que busca contextualizar ao máximo as variáveis envolvidas na questão do direito ao aborto. Conclui-se que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação da lei penal ao aborto realizado no primeiro trimestre da gestação, a partir da noção de dignidade da pessoa humana como direito ao reconhecimento da autonomia moral fundado no critério da diferença.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao aborto. Direito Constitucional. Direitos Humanos. Gênero. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

This work aims to analyze abortion rights under the disciplinary perspective of constitutional law. The evaluated hypothesis is that the articles 124 and 126 of the Brazilian criminal code are subject to be declared partially unconstitutional, without text suppression, on the cases of their enforcement over elective abortions performed up to the end of the first trimester of pregnancy (or up to the thirteenth week of pregnancy). The *first part* of the work, divided into two chapters, contains theoretical and methodological considerations about scholar legal research on fundamental rights applied to the study of gender inequalities. The *first chapter* discusses linguistic turn in philosophy and its implications for the construction of a democratic human and fundamental rights theory, illustrated by the exemplary analysis of different theoretical approaches on the principle of human dignity. The *second chapter* discusses key concepts – such as gender, subject and identity – that will inform the analysis about how, during the ongoing process of interpreting the system of human and constitutional rights through the dialectical tension between identity and difference, law subjects with gendered markers are produced and reproduced, in an always precarious and contingent manner. The *second part* of the work is dedicated to the research itself and divided into five chapters. The *third chapter* contextualizes the work's hypothesis and, more broadly, the matter of abortion in Brazil, in a historical and social fashion. The *fourth chapter* maps the institutional debate about sexual and reproductive rights set on the House of Representatives of the Brazilian Congress since the redemocratization, analyzing the way in which, since they make reference to a common horizon of fundamental rights and core concepts of constitutional law such as life, equality, liberty, autonomy, health etc., these discourses dispute a common place of enunciation of the identity of the constitutional subject. The *fifth chapter* debates two paradigmatic cases on life and abortion judged by the Brazilian Supreme Court: the ADI 3.510 and the ADPF 54. The *sixth chapter* critically analyses on the light of constitutional law, the metaphoric discursive axis that seeks to find relations of equivalence and identity between embryos, fetuses and people, on all of its four main sub-axis: as a debate between the beginning of life; as a debate about if embryos and fetus have constitutional or human rights; as a discussion about the protection of life “since its conception” on the American Convention on Human Rights; and as a discussion about the legal or constitutional protection of the value of human life or of the objective dimension of life rights. The *seventh chapter* finally analyses the hypothesis of the present work on the light of the fundamental and human rights implied in the controversy, in a metonymic discursive axis

that seeks to contextualize the variables involved in the matter of abortion rights. The work concludes, based on the notion of human dignity as the right to the recognition of moral autonomy based on the criteria of difference, that it must be recognized the unconstitutionality of applying criminal law to abortions performed on the first trimester of the pregnancy.

KEYWORDS: Abortion rights. Constitutional law. Human Rights. Gender. Judicial review.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE 1 – GÊNERO E A PESQUISA JURÍDICA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS	15
1. TEORIA DO DIREITO, VIRADA LINGÜÍSTICA E RECONHECIMENTO: HABERMAS E A CONSTRUÇÃO INTERSUBJETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	16
1.1 <i>O Direito da semântica à pragmática: introdução ao marco teórico</i>	<i>16</i>
1.2 <i>Da linguagem ao direito: pragmática formal, virada linguística e a tensão entre normas e realidade.....</i>	<i>24</i>
1.3 <i>Direitos humanos, direitos fundamentais, essencialismo e linguagem.....</i>	<i>39</i>
1.4 <i>Habermas de Kant a Hegel: liberdade, dignidade humana, reconhecimento e a utopia realista dos direitos humanos</i>	<i>50</i>
2. GÊNERO, SUJEITO E A UNIVERSALIDADE CONTINGENTE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: ELEMENTOS TEÓRICOS PARA A PESQUISA JURÍDICA	69
2.1 <i>Humanitas: direitos humanos, universalismo da diferença, sujeito e história.....</i>	<i>70</i>
2.2 <i>Movimentos feministas da identidade à diferença: gênero, colonialidade e interseccionalidade</i>	<i>84</i>
2.3 <i>Sujeitos do feminismo, sujeitos constitucionais: a questão da igualdade.....</i>	<i>96</i>
2.4 <i>Da ideia de gênero como referencial normativo para a pesquisa jurídica em direitos humanos e fundamentais: gênero, sujeito e identidade</i>	<i>109</i>
2.5 <i>Entre Butler, Rosenfeld, Fraser e Habermas</i>	<i>119</i>
PARTE 2 – DIREITO AO ABORTO E CONSTITUIÇÃO: IDENTIDADE, DIFERENÇA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	138
3. DO DIREITO AO ABORTO ENQUANTO OBJETO PARA A PESQUISA EM DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA	139
3.1 <i>O problema do aborto inseguro no Brasil contemporâneo: aproximações iniciais. 139</i>	<i>139</i>
3.2 <i>Movimentos feministas e a luta por direitos sexuais e reprodutivos no Brasil</i>	<i>141</i>
3.3 <i>Do direito ao aborto enquanto objeto para a pesquisa jurídica em direitos fundamentais: hipótese de trabalho</i>	<i>146</i>
4. O DEBATE SOBRE ABORTO NA CÂMARA DOS DEPUTADOS	153
4.1 <i>Proposta de Emenda à Constituição nº 25/1995</i>	<i>154</i>
4.2 <i>Proposta de Emenda à Constituição nº 571/2002 e apensos</i>	<i>161</i>
4.3 <i>Projeto de Lei 1135/1991 e apenso.....</i>	<i>164</i>
4.4 <i>Projeto de Lei 7235/2002 e apensos</i>	<i>168</i>
4.5 <i>Projeto de Lei 1459/2003 e apensos</i>	<i>169</i>
4.6 <i>Projeto de Lei nº 478/2007 e apensos</i>	<i>173</i>
4.7 <i>Projeto de Lei nº 3673/2008.....</i>	<i>178</i>
4.8 <i>Projeto de Lei nº 1545/2011 e apensos</i>	<i>179</i>
4.9 <i>Projeto de Lei nº 882/2015 e apenso</i>	<i>181</i>

5. VIDA E ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	185
5.1 ADI 3510 – início da vida e a proteção constitucional da vida humana pré-natal..	185
5.2 ADPF 54 – STF e o aborto em caso de anencefalia fetal.....	199
6. DA METÁFORA À METONÍMIA: “VIDA”, EMBRIÃO, FETO E SUJEITO NA CONSTITUIÇÃO	214
6.1 Impasses sobre o início da vida	217
6.2 O feto é um sujeito de direitos constitucionais?	221
6.3 O Pacto de San José da Costa Rica e o caso Baby Boy.....	229
6.4 A proteção da vida enquanto valor objetivo	233
7. DIREITO AO ABORTO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	237
7.1 Da política institucional ao político pessoal: o aborto e seus dilemas na perspectiva de mulheres	239
7.2 Dignidade humana como direito à diferença: autonomia e liberdade de crença	245
7.3 Direito à vida, à saúde, à integridade física	247
7.4 Direito ao aborto e igualdade.....	250
7.5 Direito à privacidade e persecução penal	252
7.6 Liberdade e responsabilidade	253
CONCLUSÕES.....	255
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	256

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a questão do direito ao aborto sob o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional. A hipótese a ser avaliada é a de que é juridicamente exigível, pela via principal ou incidental, a declaração de inconstitucionalidade (ou de não-recepção), sem redução de texto, da incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal ao aborto realizado no primeiro trimestre de gestação (até a décima terceira semana).

A *primeira parte* do trabalho, dividida em dois capítulos, contém considerações teóricas e metodológicas sobre a pesquisa jurídica em direitos fundamentais aplicada ao estudo das desigualdades de gênero. O *primeiro capítulo* discute a questão da virada linguística na filosofia e suas implicações para a construção de uma teoria democrática dos direitos humanos e fundamentais, a partir da análise exemplar de distintas abordagens sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. No *segundo capítulo*, são trabalhados conceitos chave como gênero, sujeito e identidade – que informarão a análise sobre o modo com que sujeitos de direitos com marcadores de gênero são produzidos e reproduzidos, de modo sempre contingente e precário, durante o processo insaturável de interpretação do sistema de direitos humanos e fundamentais, na dialética entre identidade e diferença.

O nível de generalidade com que as questões foram trabalhadas na primeira parte do trabalho sugere um aparente descompasso, uma brusca ruptura entre ela e a segunda parte do trabalho. Essa circunstância não é casual. Quando participei do processo seletivo para ingressar no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, apresentei um projeto de pesquisa que, embora bem fundamentado em seus próprios termos, não seria capaz de dar conta da imensa multiplicidade de questões suscitadas pelos debates acerca do direito ao aborto e das intersecções entre gênero e direito. Afinal, existe um amplo acúmulo de conhecimento produzido pelo campo de gênero e feminista nos últimos cem anos que eu, se muito, conhecia apenas superficialmente. Logo de início ficou evidente que seria necessário reformular completamente o modo com que eu inicialmente pretendia trabalhar a questão. A primeira parte do trabalho se fez então importante para que eu pudesse situar o meu desnorreamento inicial, tentando compatibilizar as compreensões teóricas das quais eu tentava partir com algumas das discussões acadêmicas e sociais contemporâneas sobre gênero.

A *segunda parte* do trabalho, por sua vez, é dedicada à pesquisa propriamente dita, e está dividida em cinco capítulos. O *terceiro capítulo* é dedicado à contextualização histórica e

social do problema de pesquisa e ao delineamento da hipótese de investigação. Considerando que os direitos fundamentais não possuem essências, mas sim conteúdos em permanente disputa na esfera pública democrática, o *quarto capítulo* é dedicado a mapear o debate institucional sobre direitos sexuais e reprodutivos realizado na Câmara dos Deputados desde a redemocratização, para analisar de que forma esses discursos, na medida em que fazem referência a um horizonte comum de direitos fundamentais e de conceitos centrais para o Direito Constitucional (vida, igualdade, liberdade, autonomia, saúde, integridade física e psicológica, etc.), disputam um espaço comum de enunciação sobre a identidade do sujeito constitucional. No *quinto capítulo*, são discutidos dois casos paradigmáticos sobre vida e aborto julgados pelo STF: a ADI 3.510 e a ADPF 54. No *sexto capítulo*, é analisado criticamente, à luz do Direito Constitucional, o eixo discursivo metafórico que busca encontrar relações de equivalência e identidade entre embrião, feto e pessoa, a partir de seus quatro eixos principais: enquanto debate sobre o início da vida; enquanto discussão sobre a titularidade de direitos fundamentais por parte do embrião e do feto; enquanto discussão sobre o Pacto de San José da Costa Rica e a proteção da vida “desde a concepção”; e enquanto discussão sobre a proteção constitucional ou legal da vida em sentido objetivo. No *sétimo capítulo*, por fim, a hipótese de trabalho é submetida à análise à luz dos direitos humanos e fundamentais implicados na controvérsia, em um eixo discursivo metonímico que busca contextualizar ao máximo as variáveis envolvidas na questão do direito ao aborto. Conclui-se que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação da lei penal ao aborto realizado no primeiro trimestre da gestação, a partir da noção de dignidade da pessoa humana como direito ao reconhecimento da autonomia moral fundado no critério da diferença.

**PARTE 1 – GÊNERO E A PESQUISA JURÍDICA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS:
QUESTÕES TEÓRICAS E METODOLÓGICAS**

1. Teoria do Direito, virada linguística e reconhecimento: Habermas e a construção intersubjetiva dos direitos humanos e fundamentais

A primeira parte do presente trabalho, dividida em dois capítulos, contém considerações teóricas e metodológicas sobre a pesquisa jurídica em direitos fundamentais aplicada ao estudo das desigualdades de gênero. O primeiro capítulo discute a questão da virada linguística na filosofia e suas implicações para a construção de uma teoria democrática dos direitos humanos e fundamentais, a partir da análise exemplar de distintas abordagens sobre o princípio da dignidade da pessoa humana – tido como cerne normativo dos direitos humanos – que mais adiante serão exploradas.

1.1 O Direito da semântica à pragmática: introdução ao marco teórico

A linguagem se tornou, contemporaneamente, a questão fundamental da filosofia. A virada linguística na filosofia não representa a descoberta de um novo campo da realidade que se coloca como objeto de discussão filosófica, mas uma virada da própria filosofia, na própria compreensão do que seja o fazer filosófico – que se centraliza na tese de que “é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística” (OLIVEIRA, 2006, p. 12–3).

O “Crátilo”, de Platão (2001), é o escrito mais antigo da tradição ocidental a se debruçar sobre a questão da linguagem. Segundo Manfredo Oliveira, para explicar como uma expressão linguística adquire sua significação, Platão toma uma posição a respeito da linguagem humana e de sua função no conhecimento que se tornaria *a concepção fundamental de linguagem no ocidente*: contra o convencionalismo, de acordo com o qual a significação decorre do uso das palavras e de “*meras*” convenções, Platão defende a tese naturalista de que as palavras *apresentam a essência das coisas*; as palavras não poderiam ser criadas arbitrariamente pois as coisas, para o pensamento grego, possuem essências, qualidades objetivas, e para o afastamento da arbitrariedade do convencionalismo exige-se correspondência entre linguagem e ser, que decorre do conhecimento das essências, das ideias exemplares (2006, p. 18–21). “Crátilo” representa o enfrentamento de Platão à perspectiva dos sofistas – para os quais a palavra, sendo uma invenção humana arbitrária em relação às leis da

natureza e às leis divinas, poderia ser reinventada; conseqüentemente, verdades estabelecidas estariam abertas ao questionamento (STRECK, 1999, p. 99). Se os nomes não são arbitrários e podem, portanto, ser verdadeiros ou falsos; e se temos a possibilidade de decidir sobre a verdade ou a falsidade de um nome, deve ser possível conhecer as coisas sem os nomes; deve haver algo que revela, sem os nomes, quais nomes são verdadeiros e quais não o são; aqui, segundo Manfredo Oliveira, está

a tese fundamental de Platão e de toda filosofia do Ocidente: ele pretende [...] mostrar que na linguagem não se atinge a verdadeira realidade [...] e que o real só é conhecido verdadeiramente em si [...], sem palavras, isto é, sem a mediação linguística. A linguagem é reduzida a puro instrumento, e o conhecimento do real se faz independentemente dela. [...] A linguagem não é, pois, constitutiva da experiência humana do real, mas é um instrumento posterior, tendo uma função designativa: designar com sons o intelectualmente percebido sem ela (OLIVEIRA, 2006, p. 22).

Aristóteles, enquanto representante mais importante da corrente que, na filosofia grega, se opunha ao pensamento dos sofistas (que acentuavam a persuasão enquanto principal função da linguagem, afastando-a de sua intencionalidade essencial e representando, para Aristóteles, um perigo para o pensamento, por força de sua indiferença em relação à verdade), buscará construir uma fundamentação do discurso racional da ciência e da filosofia (OLIVEIRA, 2006, p. 24–6). Em que pese não serem totalmente unânimes quanto à interpretação da linguagem, os sofistas partiam do princípio comum de que há aderência completa entre palavra e ser – e nessa aderência estava, para Aristóteles, a raiz de todos os paradoxos que defendiam, pois se a linguagem se identifica com o ser e só se pode dizer o que é, todo discurso é verdadeiro e impossível de contradizer (OLIVEIRA, 2006, p. 27). Aristóteles, nesse quadro, busca demarcar a distinção entre linguagem e ser, fixando e aprofundando a concepção platônica da função designativa da linguagem (concebida como instrumento secundário ao conhecimento do real) e tendo, sob esse prima, segundo Manfredo Oliveira, servido de ponto de apoio para a difusão da concepção platônica de linguagem que caracteriza o ocidente (2006, p. 28).

Para Aristóteles, a linguagem não é imagem ou reprodução do real (um instrumento natural de designação), senão símbolo (convencional) do real, que não toma o lugar da coisa (pois não há semelhança completa entre nome e coisa, na medida em que os nomes são limitados e as coisas são numericamente infinitas), mas exprime com a coisa uma relação de ligação e de distância (OLIVEIRA, 2006, p. 29). Ao contrário de Platão, para Aristóteles a significação do termo em si não contém referência ao real, à existência, pois é um mero símbolo; só da combinação de significantes isolados numa proposição – numa sentença declarativa – é formada

uma referência à existência, pois só no nível da proposição a linguagem humana atravessa a fronteira da mera significação para buscar alcançar as coisas em si mesmas: “não é enquanto significante, mas enquanto verdadeira, que a linguagem humana se assemelha ao real. A essência da proposição não está em seus termos (que são apenas símbolos), mas no próprio *ato da composição*” (OLIVEIRA, 2006, p. 30). No entanto, a relação entre a linguagem e o ser não é imediata, pois é necessariamente mediada pelos estados da alma; o ato da composição não é símbolo, nem linguagem, é um estado de alma, e à alma – não ao discurso – cabe o julgamento; na medida em que as coisas são singulares e o discurso é mediatizado por símbolos universais, o discurso não é um instrumento de revelação do real, de acesso ao real, mas seu mero substituto imperfeito (OLIVEIRA, 2006, p. 29–31).

A teoria da linguagem em Aristóteles não se preocupa com a questão do julgamento da adequação do ato de composição ao real, mas com os problemas de significação: se o signo é convencional, o que assegura que esse signo conserve unidade de significação? De acordo com Manfredo Oliveira, Aristóteles pressupõe um *fundamento objetivo* para a possibilidade de comunicação, uma unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras – a “essência” ou “aquilo que é”:

O que garante à palavra *cão* uma significação una é o mesmo que faz o cão ser cão. Numa palavra, a *permanência da essência* é pressuposta como *fundamento da unidade do sentido*: é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido. A análise dos fundamentos da linguagem desemboca assim numa *ontologia*, pois, em última análise, é a unidade do que é que legitima a unidade da significação. [...] Existe comunicação entre os homens, e isso só é possível se as palavras têm unidade de sentido. Há, pois, um fundamento onde se encontram as intenções humanas e isso é a essência. A essência é o fundamento, a condição de possibilidade da comunicação, portanto, da linguagem humana. Nesse sentido preciso, pode-se dizer que toda linguagem inclui uma ontologia, não um discurso imediato sobre o ser, mas a linguagem só é compreensível a partir de seu fundamento, que é o ser (OLIVEIRA, 2006, p. 31–2).

Em suma, para Aristóteles, a essência das coisas é o que confere às palavras a possibilidade de sentido. Tanto o idealismo platônico como o essencialismo realista aristotélico convergem no sentido anti-sofístico de que a verdade, independentemente de sua sede ou de seu local de origem, está, em si mesma, eternamente preservada de mudança e da corrupção (STRECK, 1999, p. 104–5). A noção de que linguagem tem uma função designativa se tornou dominante no pensamento ocidental. Conforme coloca Lenio Streck,

de forma reduzida, sempre correndo os riscos que definições resumidas e classificações provocam nas ciências, é possível afirmar que a concepção central no pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude

entre pensamento e coisa, desvendando as essências próprias das coisas. Em consequência, a verdade se caracteriza exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, como a fórmula aristotélica e medieval. A linguagem é apenas instrumento que comunica/transporta essências e/ou conceitos verdadeiros (1999, p. 105).

Escapa aos propósitos e às possibilidades do presente trabalho reconstruir o longo percurso da recepção e crítica do pensamento metafísico de matriz clássica sobre a linguagem na filosofia do ocidente – que, de acordo com Habermas (1990, p. 38), a partir de Platão, passa, entre outros, por Agostinho, Tomás de Aquino, Pico della Mirandola, Descartes, Spinoza, Kant, Fichte, Schelling e Hegel. Importa ressaltar que a passagem da metafísica clássica para a filosofia da consciência não trouxe uma alteração quanto ao papel secundário atribuído à linguagem no que diz respeito à construção do conhecimento sobre a realidade.

Kant, por exemplo, descobriu que o pensamento não é um objeto dentre outros, pois é ele mesmo condição de possibilidade de toda objetivação; seria, dessa forma, “ingênuo querer saber *sobre o mundo* dos objetos sem perguntar pela instância que constitui o mundo objetivo enquanto objetivo, ou seja, pela subjetividade humana como fonte de todo processo cognitivo” (OLIVEIRA, 2006, p. 35–6). Ao invés de se dirigir aos objetos, Kant transcende os objetos para se perguntar sobre o espírito finito como condição de possibilidade da objetivação da realidade. O pensamento clássico é tomado por dogmático em Kant na medida em que não problematizou a mediação feita pela consciência no processo de conhecimento – e essa mediação coloca o problema da razão pura ou das condições de possibilidade de qualquer entendimento, a partir de um recuo da razão sobre si mesma:

Isso é evidentemente efeito não da irreflexividade da nossa época, mas do seu amadurecido poder de julgamento, que não mais será adiado pelo conhecimento ilusório e que demanda que a razão deve cuidar novamente da mais difícil de todas as tarefas, com efeito, da tarefa do autoconhecimento, e instituir uma corte de justiça pela qual a razão possa assegurar suas pretensões legítimas e afastar suas pretensões sem fundamento, e isso não por mero decreto, mas de acordo com suas leis eternas e imutáveis; e esse tribunal é nenhum outro senão a própria *crítica da razão pura*. Não obstante, por isto não compreendo uma crítica de livros e sistemas, mas uma crítica da faculdade da razão em geral, no que diz respeito a todas as cognições após as quais a razão pode prosperar *independentemente de qualquer experiência*, e a partir daí decidir sobre a possibilidade ou impossibilidade de uma metafísica em geral, e sobre a determinação de suas fontes, assim como de sua extensão e de seus limites, todos, no entanto, a partir de princípios¹ (KANT, 1998a, p. 100–1).

¹ Tradução livre de: “This is evidently the effect not of the thoughtlessness of our age, but of its ripened power of judgment, which will no longer be put off with illusory knowledge, and which demands that reason should take on anew the most difficult of all its tasks, namely, that of self-knowledge, and to institute a court of justice, by which reason may secure its rightful claims while dismissing all its groundless pretensions, and this not by mere

Kant promove uma revolução ao abandonar a compreensão de que a filosofia é um saber sobre objetos: a Crítica da razão pura transforma a filosofia em uma investigação sistemática sobre as exigências intrínsecas a qualquer discurso racional. Essa radical mudança de perspectiva, no entanto, não alcança o papel secundário atribuído à linguagem nos processos de conhecimento. Em Kant, os processos de conhecimento são transmitidos e regulados diretamente pelas condições de possibilidade *a priori* (independentes da experiência) da razão, sem que a linguagem tenha uma função específica nesses processos, exceto como instrumento de designação: as palavras são concebidas como signos das representações, mas “o signo se limita a acompanhar o conceito como um guardião, para reproduzir-lhe oportunamente, o que relega a linguagem a uma função auxiliar, uma vez que a função principal é reservada ao pensamento” (STRECK, 1999, p. 115). A linguagem é então necessária para a comunicação do resultado do processo individual de conhecimento, mas não é ela própria condição de possibilidade do conhecimento em primeiro lugar, senão seu instrumento secundário.

A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia se desenvolve num longo processo, a partir de contribuições de distintos matizes. Uma questão, no entanto, permanece central: a superação da noção tradicional de que

porque há uma essência comum a um determinado tipo de objetos é que a palavra pode designá-los e assim aplicar-se a diferentes objetos que possuem essa essência. A palavra designa, precisamente, não a coisa individual, mas o comum a várias coisas individuais, ou seja, sua essência. Para a metafísica clássica, o conhecimento verdadeiro consiste na captação da essência imutável das coisas, o que, precisamente, é depois comunicado pela linguagem. [...] Em suma, as palavras têm sentido porque há objetos que elas designam: coisas singulares ou essências (OLIVEIRA, 2006, p. 120–1).

O movimento no sentido da superação do essencialismo metafísico-ontológico presente nas concepções clássicas e modernas sobre a linguagem, generalizado em maior ou menor medida nas demais ciências humanas e sociais, ainda não parece ter sido, no campo do Direito, suficientemente explorado – nem no plano do seu fazer cotidiano, nem no plano de sua teorização científica. No plano científico, a teorização, para ficar no campo constitucional, é comumente forjada em noções como as de que é possível delimitar *aprioristicamente* o

decrees but according to its own eternal and unchangeable laws; and this court is none other than the critique of pure reason itself. Yet by this I do not understand a critique of books and systems, but a critique of the faculty of reason in general, in respect of all the cognitions after which reason might strive independently of all experience, and hence the decision about the possibility or impossibility of a metaphysics in general, and the determination of its sources, as well as its extent and boundaries, all, however, from principles”.

“conteúdo essencial” ou a *ratio essendi* dos direitos humanos²; predefinir o conteúdo normativo de uma norma constitucional a partir da consideração isolada do seu texto³; e classificar os direitos fundamentais em diferentes “gerações” ou “dimensões” – ou mesmo em direitos individuais, sociais ou coletivos – independentemente do sentido normativo específico que adquirem em uma situação concreta de aplicação⁴.

Num nível de aplicação prática, Lenio Streck aponta que os juristas em geral estão imersos num “sentido comum teórico” que encapsula os conflitos sociais em discursos tecnicistas e descolados da realidade, desenhados precipuamente para atender às demandas imediatistas dos profissionais do direito no desempenho de suas funções; assim, os fenômenos sociais são analisados no Judiciário como meras *abstrações jurídicas* e os conflitos sobre a aplicação do direito são resolvidos como se fossem questões puramente técnicas, mediante o acesso privilegiado do especialista à *correta* exegese dos textos legais. A expressão “sentido comum teórico” é emprestada de Luís Alberto Warat, para quem

os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político de investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder (1994, p. 15).

Em ambos os casos, há uma compreensão do sistema jurídico típica do paradigma da filosofia da consciência, em que o direito se mostra como um objeto previamente constituído, acessível de modo privilegiado ao jurista por meio da técnica, independentemente de sua mediação linguística. A linguagem se apresenta como instrumento para a designação de um direito que se compreende previamente existente enquanto tal – seja porque referente a um conjunto de normas que, enquanto produto do processo legislativo, se circunscreve naquilo que foi convencionalmente estabelecido no passado, seja porque referente, no caso dos direitos humanos, a uma suposta essência imutável do que os constitui, em suas consequências

² Ver, por exemplo, BARROSO, 2013 e STARLET, 2001, que buscam encontrar, no plano da abstração teórica pura, o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, que discutiremos adiante.

³ Ver, nesse sentido, a classificação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva (2003) em normas de eficácia plena, contida e limitada – em cujas bases se fundamentou a posterior classificação de Maria Helena Diniz (2006). Concordamos com o Professor Bernardo Gonçalves Fernandes no sentido de que ambas essas teorias têm cunho semântico, na medida em que predefinem, de modo estático e apriorístico, o conteúdo normativo das normas jurídicas sem analisar uma situação concreta de aplicação; em outras palavras, definem quais normas têm eficácia plena e quais têm eficácia limitada sem relacionar essas normas a um contexto (2013, p. 112–3).

⁴ Ver, por exemplo, a classificação dos direitos fundamentais em cinco gerações de direitos de Paulo Bonavides (2012), bem como a crítica de Marcelo Cattoni de Oliveira (2002).

normativas absolutas e universais. O saber técnico sobre um direito coisificado se sobrepõe à dimensão linguística própria à emersão do conflito hermenêutico e político. No entanto, as normas jurídicas não se permitem objetificar na forma de puras convenções ou essências, mas são diuturnamente construídas e reconstruídas, desdobrando seus significados na medida em que se colocam como objeto de disputas políticas e sociais. Os direitos humanos e fundamentais não possuem sentidos anteriores ou externos à história.

A radical mudança de perspectiva imposta ao pensamento pela reviravolta linguístico-pragmática na filosofia, cujas consequências para a pesquisa jurídica sobre direitos humanos e fundamentais buscaremos explorar a partir do marco teórico adotado na presente pesquisa, podem ser bem ilustrados a partir da transformação e ruptura operada por Wittgenstein em sua própria teoria linguística a partir das “Investigações Filosóficas” (1999), em contraposição à perspectiva semântica e designativa adotada no “*Tractatus Logico-Philosophicus*” (1961). A unidade da filosofia de Wittgenstein se assenta na permanência do questionamento fundamental sobre o significado das expressões linguísticas. No “*Tractatus*”, Wittgenstein parte do pressuposto fundamental de que a linguagem *figura* o mundo, situando-se na teoria clássica da verdade como *correspondência* entre linguagem e mundo: o mundo possui uma estrutura ontológica a que a estrutura lógica do pensamento deve corresponder para que ele seja verdadeiro – compreendida a verdade como adequação entre os elementos da figuração linguística e a conexão lógica dos objetos nos estados de coisas; como “a identidade das estruturas das coisas e dos pensamentos” (OLIVEIRA, 2006, p. 93–104). Uma figuração, enquanto um *sentido*, uma representação um estado de coisas possível, não é, por si só, verdadeira ou falsa; a verdade ou falsidade surge da correspondência ou da ausência de concordância desse sentido com a realidade (WITTGENSTEIN, 1961, p. 60–1). O “*Tractatus*” representa no Ocidente uma das últimas formulações sistemáticas de uma teoria puramente designativa da linguagem, que não é capaz de enxergar o caráter constitutivamente social de qualquer emprego linguístico – contra a qual se manifestará o segundo Wittgenstein.

Nas investigações filosóficas, Wittgenstein insurge contra a ideia tradicional de que a função mais relevante da linguagem humana é a designativa, demonstrando que a definição ostensiva de um termo só “elucida o uso – a significação – da palavra, quando já é claro o papel que a palavra deve desempenhar na linguagem” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 38). Em outras palavras, não há significação-em-si anterior a um contexto de emprego linguístico de determinada palavra: “todo signo *sozinho* parece morto. O *que* lhe dá vida? – No uso, ele *vive*. Tem então a viva respiração em si? – Ou o *uso* é a sua respiração?” (WITTGENSTEIN, 1999,

p. 129). A expressão “acorde!”, por exemplo, não só representa um comando (uma ação no mundo e não a mera designação de um objeto), como só pode ser compreendida a partir da função que exerce em um contexto prático determinado (pode, por exemplo, tanto significar uma intenção de que alguém desperte do sono como de que preste mais atenção a determinada situação). Se para a tradição existe um mundo “em si”, cuja estrutura é acessível à razão e posteriormente comunicável pela linguagem, “a pergunta pela ‘coisa em si’ já é a ilusão transcendental, à medida que aqui temos uma tentativa de empregar palavras fora de qualquer jogo de linguagem”: “não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre *por meio da linguagem*” (OLIVEIRA, 2006, p. 127). Como toda significação depende de um contexto de uso, o ideal de exatidão da linguagem perseguido no “*Tractatus*”, que fundamentou o neopositivismo da Escola de Viena, é abandonado. O sentido não surge da linguagem em si, mas de jogos de linguagem – que, embora não tenham sido conceituados por Wittgenstein, pois a busca de um conceito fechado implicaria justamente incorrer no essencialismo combatido nas “Investigações Filosóficas”, envolvem o contexto amplo das atividades linguísticas, como, para além do emprego dos signos, o ambiente, o contexto, as expressões, tonalidades de voz, gestos, etc.: “o termo *jogo de linguagem* deve aqui salientar que o falar da linguagem é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 35). Em suma,

É exatamente o exame atento desses contextos que nos vai mostrar que usamos as palavras não de acordo com uma significação definitiva, estabelecida de antemão, nem também de modo arbitrário (uma das teses do nominalismo), mas de acordo com *semelhanças e parentescos*. Nesse sentido, podemos dizer que nossa linguagem é, sempre, de certo modo, ambígua, uma vez que expressões não possuem significação definitiva. Pretender abandonar essa ambiguidade na busca de uma exatidão absoluta, como Wittgenstein fez no *Tractatus*, aparece-lhe, agora, como abandono da linguagem real na busca de uma ilusão metafísica. [...] Abandonar toda e qualquer vaguidade é impossível, pois isso pressupõe conceitos cuja significação está estabelecida de modo definitivo e não podemos, *a priori*, estabelecer regras para todos os casos (OLIVEIRA, 2006, p. 131).

A resposta para a questão fundamental sobre o significado das expressões linguísticas surge então completamente reformulada – não mais localizada em atos intencionais, internos, do locutor, ou numa suposta essência imutável dos objetos designados, mas no uso das palavras nos contextos em que são empregadas. A compreensão não depende da intenção da enunciação, do que se tenha querido significar com uma frase, mas da situação histórica em que a frase é enunciada; de uma forma de vida; de um contexto sócio-histórico; enfim: o sentido da palavra

aparece apenas em um contexto de uso real (OLIVEIRA, 2006, p. 135). Uma teoria puramente semântica é insuficiente: na medida em que o sentido surge no uso concreto, prático, da linguagem, é necessária uma abordagem *pragmática* capaz de compreender os contextos de uso das expressões linguísticas e as múltiplas funções da linguagem, que não se limitam ao seu aspecto designativo.

1.2 Da linguagem ao direito: pragmática formal, virada linguística e a tensão entre normas e realidade

Em “Direito e Democracia” (1998, 2003a, 2011), Habermas propõe uma abordagem teórica sobre os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito que, ciente da impossibilidade de fundamentar os conteúdos normativos de um “direito racional” na constituição do homem enquanto tal, a partir do puro exercício de uma razão prática ainda presa à filosofia do sujeito, buscará, sem renunciar à própria possibilidade de justificação racional do conteúdo normativo desses direitos (seja do ponto de vista de um funcionalismo marxista que renuncia à elaboração de uma teoria normativa do Estado, ao enxergar no direito mera legitimação da dominação intrínseca à configuração estrutural das forças produtivas da sociedade burguesa; seja sob um funcionalismo sistêmico que, nas ciências sociais, objetifica as relações sociais, neutralizando as pretensões normativas levantadas desde o ponto de vista dos participantes de determinado sistema político), demonstrar de que forma a questão pode ser abordada a partir de um conceito de razão comunicativa. Há, em Habermas, a construção de uma abordagem teórica que permite compreender que os direitos humanos e fundamentais não possuem essências ou sentidos externos à história, mas sim significados insaturáveis construídos e reconstruídos sempre que seus conteúdos são invocados em pretensões normativas contingentes, mas cuja enunciação aqui e agora remete a um conteúdo universalizável, a pretensões de validade transcendentais de contexto.

Wittgenstein, a partir das “Investigações Filosóficas”, abre toda uma nova perspectiva de abordagem sobre a linguagem humana, demonstrando que o sentido não é produto de um ato intencional do espírito ou de um acesso à essência, mas só aparece no uso, no emprego pragmático da linguagem. Suas teses, no entanto, são bastante indeterminadas e pouco sistemáticas – em parte porque, em sua recusa radical do essencialismo, o segundo Wittgenstein não precisa nenhum conceito, nem mesmo o conceito de “uso” (OLIVEIRA, 2006, p. 147).

Coube à filosofia da linguagem posterior a Wittgenstein sistematizar e desenvolver as perspectivas abertas por ele. Abriu-se espaço para a criação de teorias pragmáticas da linguagem – que, para além da preocupação com suas estruturas sintáticas ou puramente semânticas (como a relação interna entre os termos de uma sentença), buscarão compreender as estruturas fundamentais envolvidas no emprego intersubjetivo da linguagem. O desenvolvimento de uma pragmática transcendental em Apel e de uma pragmática formal em Habermas são exemplos desses desenvolvimentos.

No paradigma da filosofia do sujeito, a razão prática, entendida como uma capacidade subjetiva de um sujeito individual ou de um macrossujeito político, tem dentre suas funções estabelecer de modo imediato as normas do agir (em Kant, por exemplo, o imperativo categórico, enquanto mandamento moral deontológico, permite estabelecer normas de ação diretamente extraídas da razão prática, independentemente do contexto). A virada linguística na filosofia, no entanto, demonstrou que a produção de sentido não é um ato intencional da consciência, mas depende do emprego pragmático e intersubjetivo da linguagem. A passagem de um conceito de razão prática para um conceito de razão comunicativa está ligado à demonstração das condições de possibilidade para o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis. Se o sentido é produzido pragmática e intersubjetivamente, Habermas buscará reconstruir o saber intuitivo dos participantes de práticas comunicativas, para compreender os pressupostos que eles próprios têm de assumir para que se torne possível a comunicação realizada através da linguagem.

Apel fundamenta sua ética do discurso na atualização da pergunta transcendental kantiana acerca das condições de possibilidade do conhecimento humano (que para ele é uma pergunta inevitável para a superação da ingenuidade do pensamento) para o paradigma da filosofia da linguagem: no lugar da subjetividade (da verdade como evidência ou validade objetiva para a consciência), a intersubjetividade aparece como princípio último da filosofia (surgindo o problema da verdade como formação de um consenso intersubjetivo válido a partir da intercompreensão linguística) (OLIVEIRA, 2006, p. 249). Apel não abre mão de afirmar uma fundamentação última para as condições ou regras de argumentação, que aparece na forma da comprovação indireta da contradição performativa – dos enunciados que, enquanto princípios, exprimem condições de possibilidade de todo discurso e de toda ação, não podendo ser demonstrados diretamente, senão pela prova da impossibilidade de seu contraditório (com efeito, a pressuposição de outros sujeitos como parceiros de argumentação com iguais direitos, que não pode ser negada senão através da argumentação intersubjetiva); Habermas, num mesmo

sentido, toma por referência os pressupostos pragmáticos que o sujeito deve aceitar intuitivamente para participar de uma argumentação, mas sua pragmática formal, à diferença de Apel, parte de uma interpretação mais fraca do transcendental, não só recusando a derivação direta de normas de ação a partir do conceito de racionalidade comunicativa, como também afirmando que o argumento pragmático-transcendental de Apel não demonstra a argumentação prática como fundamentação última da razão, mas apenas a falta presente de alternativas para essa regra de argumentação (CENCI, 2012, p. 102).

É importante, considerando que esse é um erro de leitura bastante comum, derivado da dificuldade de superar as figuras clássicas e dualistas de pensamento, reprimir que a abordagem pragmática de Habermas é formal; não é, por si só, uma fonte direta de indicações aos atores sociais sobre *como* devem agir, pois cabe aos próprios atores estabelecer distinções entre condutas válidas ou inválidas⁵. A razão comunicativa, ao pressupor relações intersubjetivas e formas de vida estruturadas inevitavelmente *mediadas pela linguagem*, possui um *conteúdo normativo fraco*, conteúdo que é normativo apenas na medida em que torna visíveis, em seus aspectos formais, *idealizações* que os sujeitos devem realizar para que a comunicação seja possível – ou, em outras palavras, os pressupostos pragmáticos de caráter contrafático que devem ser assumidos intuitivamente por aquele que age comunicativamente. O conteúdo normativo da argumentação concretamente realizada possui um potencial de racionalidade, mas a substância desse potencial não pode ser antecipada no nível da própria teoria, somente atualizada na dimensão epistemológica do exame concreto de pretensões de validade (CENCI, 2012, p. 120–1); a substância normativa presente nos pressupostos contrafáticos do agir comunicativo tem relevância para a ação interpessoal na estrita medida em que ela possibilita o próprio ajuizamento de pretensões de validade criticáveis:

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-

⁵ Jeremy Waldron, por exemplo, sugere em “Law and Disagreement” que, por influência de Habermas, há uma tentação constante no moderno discurso jurisprudencial de tomar como ideal procedimental implícito o modelo de uma conversa informal entre amigos, o que o inclina a ignorar as formalidades necessárias para um discurso político numa sociedade numerosa e complexa: ainda que uma conversa informal entre amigos tenha qualidades atrativas da igualdade, abertura e respeito mútuo, ela tende, para Waldron, a ser predicada na ideia de que os participantes compartilham entendimentos implícitos e que a interação é orientada por evitar o desentendimento meramente adversarial e para atingir o consenso – qualidades ilusórias, na medida em que nossos modelos de deliberação política estariam em questão (1999, p. 69–70). O consenso e a idealidade da generalidade dos significados, no entanto, não são em Habermas “ideais regulatórios”, metas deliberativas formuladas em abstrato que permitem criticar e controlar os resultados de deliberações concretas (e, enquanto tais, normas de ação diretamente impostas por um conceito de racionalidade comunicativa). São, sim, apenas ficções metodológicas que permitem clarificar, como demonstraremos, de que modo a comunicação se faz possível e de que forma podemos abordar a questão da “verdade” após a implosão das figuras de pensamento da filosofia da consciência.

se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros. E, ao fazer isso, o que age comunicativamente não se defronta com o “ter que” prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o “ter que” de uma coerção transcendental fraca – derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. Um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual [...]. Desse modo, a tensão entre ideia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente (HABERMAS, 2003a, p. 20–1).

Com a adoção de um conceito de razão comunicativa, a compreensão tradicional da relação entre a normatividade de um direito racional e a facticidade de sua coercibilidade concreta se modifica, saindo de suas bases dualistas e platônicas, quando se passa a considerar a linguagem um meio inescapável para a incorporação da razão: *se a significação depende da pragmática, do uso das expressões linguísticas, não é possível compreender o sentido dos direitos fundamentais a menos que se adote a perspectiva do participante de determinado sistema político*. As questões fundamentais da filosofia prática (da filosofia voltada para o agir do homem na sociedade) permanecem as mesmas (“o que devo fazer?”; “o que é bom para mim a longo prazo?”), mas a adoção de um conceito de razão comunicativa impõe que elas não devem ser resolvidas, ingenuamente, de modo imediato pela razão, sem passar pelo filtro da análise social. Para Habermas, ainda que o conceito de razão tenha se distanciado das suas origens platônicas e sido afetado por mudanças de paradigmas, é ainda constitutiva sua referência, se não a conteúdos ideais, pelo menos a conceitos normativos que circunscrevem limites hipotéticos (1998, p. 9). Para uma idealização, não basta que os conceitos representem uma adaptação mimética a uma realidade dada, pois conceitos transcendem contextos. De que forma, então, é possível que a razão esteja incorporada em fatos sociais, sem que se confundam razão e realidade? As *condições de possibilidade* para uma tal incorporação são expressas na pragmática formal, que Habermas recapitula brevemente no capítulo inicial de “Between Facts and Norms” para demonstrar de que modo se apresenta a relação entre facticidade e validade após a virada linguística.

A ideia de reconstrução é introduzida por Habermas ligada à identificação e comprovação de potenciais de racionalidade já inscritos na realidade, que façam jus à orientação pela emancipação que caracteriza o campo crítico – não no sentido de refazer conceitualmente algo dado ou recontar sua história, mas no sentido de reflexão sobre “as regras que têm de ser supostas como princípio para compreensão do sentido e mesmo do não sentido do que é

construído social e simbolicamente”, regras, estruturas e processos que constituem a racionalidade imanente aos objetos simbólicos, “racionalidade que eles reivindicam por si mesmos para que possam ter sentido” (NOBRE; REPA, 2012, p. 18). Trata-se de uma virada teórica amparada em uma compreensão radicalmente nova do ancoramento real da possibilidade de emancipação na forma de dominação vigente: o foco da teoria crítica passa a ser o processo mais abstrato e geral de geração de normas sociais e uma emancipação tornada possível por estruturas normativas da modernidade, que libertaram potenciais de produção de formas de vida emancipadas efetivamente realizadas apenas parcialmente, não de uma emancipação tornada possível por uma tendência interna autodestrutiva do capitalismo (NOBRE; REPA, 2012, p. 19). Como objeto de reconstrução, em *Direito e Democracia* Habermas elege a *tensão entre facticidade e validade* que se observa tanto interna quanto externamente ao direito: uma tensão entre a facticidade de sua forma coercitiva e as suas exigências de legitimidade democrática, *tensão essa que é imanente à própria e inexorável mediação linguística do jurídico*.

Habermas parte, num primeiro momento, da semântica formal de Frege, que “toma a linguagem como uma construção própria e independente das intenções e da consciência” (REPOLÊS, 2003, p. 56). Frege, contra o psicologismo dominante ao fim do século XIX para explicação das relações lógicas e conceituais, propõe que há uma diferença entre nossas representações (que são sempre subjetivas) e nossos pensamentos (que ultrapassam os limites de uma consciência individual): nossos pensamentos, ao contrário das nossas representações, não nos pertencem (HABERMAS, 1998, p. 10). Na representação são dados apenas objetos, enquanto o pensamento comunica um estado de coisas através de uma sentença (a parte elementar da linguagem gramatical).

Para explicar a peculiar diferença entre uma representação mental individual e um pensamento (que, ao contrário da representação, vai além dos limites de uma consciência individual empírica e tem conteúdo independente em relação à corrente de vivências de um indivíduo), sem, no entanto, recorrer a uma concepção platônica de significado (como faz, segundo Habermas, o próprio Frege, Husserl e Popper, ao complementarem a arquitetura da filosofia da consciência com um “terceiro mundo” de significados essenciais atemporais), entram em cena os primeiros elementos da pragmática formal – dos pressupostos de caráter contrafático que são assumidos intuitivamente por aquele que age comunicativamente.

A noção de um pensamento que pode extrapolar contextos e os limites da consciência individual exige que os membros de uma comunidade de linguagem partam de uma primeira

idealidade: *do pressuposto de que falantes e ouvintes podem compreender uma mesma expressão gramatical de modo idêntico*; que o sinal, o conceito ou o significado devem ser idênticos, na pluralidade de eventos significativos correspondentes (o que o idealismo filosófico entendera como a relação entre essência e aparência) (HABERMAS, 2003a, pp. 28-29). Trata-se de uma idealidade porque a partir do momento em que qualquer expressão de uso corrente com aparente sentido pacificado é problematizada, os interlocutores perceberão que, no lugar em que parecia haver um consenso, emergem distintas compreensões sobre o significado daquela expressão linguística, decorrentes das distintas experiências de vida de cada pessoa.

Frege ainda opera, em sua semântica formal, com um conceito semântico de linguagem, incapaz de focalizar os demais aspectos da utilização da linguagem. No nível de análise da semântica, no entanto, limitado à análise das estruturas linguísticas, é preenchida

apenas a condição de intelegibilidade, que é a única pretensão universal que se satisfaz dentro da própria linguagem, pois requer que uma sentença esteja sintática e semanticamente correta. Mas uma emissão, para ser bem sucedida, deve ainda completar três outras condições: a da verdade, que se remete a algo no mundo (mundo objetivo), a da veracidade, que se remete à intenção do falante (mundo subjetivo); e a da correção normativa, que é ligada a expectativas socialmente reconhecidas (mundo social) (REPOLÊS, 2003, p. 61).

Dessa forma, à idealidade da generalidade do significado, agrega-se outro tipo de idealidade: na medida em que o conteúdo de um pensamento completo é determinado por um estado de coisas que pode ser expresso numa proposição assertiva, essa asserção exige uma determinação ulterior, sobre se é verdadeira ou falsa. Isso coloca em jogo a *validade* do juízo ou da frase – o que não se confunde com a existência ou inexistência de um objeto representado, pois “real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo em que o “verdadeiro” pode ser explicado a partir da pretensão criticável de validade que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição (HABERMAS, 2003a, p. 30-32). Como ninguém dispõe de condições não interpretativas de validade, “a ‘validade’ (Gültigkeit) deve ser entendida, em termos epistemológicos, como ‘validade’ (Geltung) para nós demonstrada”⁶ (HABERMAS, 1998, p. 14). Sobre a diferentes pretensões de validade levantadas no agir comunicativo, ilustrativa a síntese de Antonio Ianni Segatto:

Como Kant, Habermas toma para si a tarefa de conceituar as diferenciações dos complexos de racionalidade, característica da modernidade cultural. No entanto, diferentemente daquele ele não o faz com base em uma teoria das

⁶ Tradução livre de “‘validity’ (Gültigkeit) must be understood in epistemic terms as ‘validity (Geltung) proven for us”.

faculdades subjetivas do conhecimento, mas com os meios da teoria da linguagem. Nessa medida, ele interpreta a diferenciação dos âmbitos teórico, prático e estético não como a diferenciação dos domínios sobre os quais legislam o entendimento (*Verstand*), a razão (*Vernunft*) e a faculdade de julgar (*Urteilkraft*), mas como a diferenciação de pretensões de validade (pretensão de verdade, pretensão de justiça normativa e pretensão de veracidade) que os falantes associam a seus enunciados. Além disso, tal diferenciação não é compreendida a partir das possíveis relações de representação que se estabelecem entre sujeito e objeto, mas a partir das relações entre sujeitos, que, por meio de seus enunciados, referem-se a um mundo de fatos (sobre o qual eles podem fazer afirmações verdadeiras ou falsas), a um mundo de normas compartilhadas (em relação ao qual eles podem proferir enunciados adequados ou justos) e a um mundo de experiências subjetivas (em relação ao qual eles podem se expressar sinceramente ou não, de maneira autêntica ou não) (2010, p. 71–2).

Qualquer pretensão de verdade, para Habermas, leva os falantes a transcenderem as práticas de entendimento localizadas aqui e agora; mesmo que a realidade seja compreendida como a totalidade daquilo que é representável através de proposições verdadeiras, a noção de “verdade” não pode perder o nexos com algo de transcendente, com algo que independe de uma comunidade concreta, ainda que em sentido fraco. Nesse sentido, Habermas se remete, com Peirce, à construção de uma espécie de “transcendência a partir de dentro”, pois Peirce, servindo-se de um conceito contrafactual de consenso (de um consenso hipotético obtido sob as condições ideais do resgate de uma pretensão de validade criticável sob as condições comunicacionais de um auditório de intérpretes alargado idealmente no espaço social e no tempo histórico), não deixa de entender a verdade como aceitabilidade racional:

Peirce não apenas apresenta uma crítica profunda ao psicologismo, mas demole toda e qualquer tentativa de fundar o conhecimento a partir da relação estrita entre sujeito e objeto. Em contraste com a concepção tradicional segundo a qual o conhecimento resulta da interação de um sujeito e um objeto, mediada por condições não necessariamente psicológicas, mas certamente subjetivas, Peirce constrói um modelo teórico que dispensa o recurso a tais condições, pois o conhecimento passa a ser pensado como o resultado de uma prática intersubjetiva de argumentação. [...] Nesse contexto, a tensão entre facticidade e validade aparece internamente vinculada aos pressupostos da comunicação, pois, apesar de a verdade dos enunciados que representam a realidade ser um limite ideal para o qual o conhecimento deve convergir, ela só pode ser alcançada nos limites factuais da comunidade de pesquisa (SEGATTO, 2008, p. 42).

A referência a uma comunidade comunicativa ilimitada no tempo e no espaço substitui o caráter supratemporal ou eterno da incondicionalidade pela ideia de um processo de interpretação aberto e voltado para um fim, que, partindo de uma experiência finita, social e historicamente localizada, transcende-a *a partir de dentro* (HABERMAS, 1998, p. 15). A tensão entre facticidade e validade é incorporada na própria linguagem; o status uma

comunidade discursiva universal não pode ser plenamente alcançado (e muito menos se apresenta como uma fonte direta de normas para a ação), mas seu conteúdo ideal é assumido *in concreto*, contrafactualmente, pelos participantes de uma prática discursiva sempre que eles queiram, em qualquer contexto, afirmar ou negar a verdade de uma assertiva e queiram argumentar buscando justificar essa pretensão de validade (HABERMAS, 1998, p. 16)⁷.

Peirce está principalmente interessado nos processos de argumentação em uma comunidade científica; para Habermas, no entanto, sua construção de uma teoria da verdade como aceitabilidade racional no discurso se aplica, *mutatis mutandis*, à comunicação cotidiana. O central é que, ao contrário da prática das ciências naturais, na comunicação cotidiana a função designativa da linguagem não tem primazia sobre suas demais funções: *todas* as funções da linguagem e das relações linguísticas estão em jogo, de tal forma que o espectro das reivindicações de validade abarca mais do que as reivindicações de verdade (sobre algo no mundo), mas inclui reivindicações de sinceridade subjetiva (veracidade) e de correção normativa (adequação ou justiça).

As reivindicações de validade são inicialmente levantadas de modo inocente, implícito, mesmo que dependam da possibilidade de posterior resgate discursivo (HABERMAS, 1998, p. 16). Quando explicamos o significado de expressões linguísticas e a validade de proposições assertivas, tocamos em idealizações ligadas à linguagem que podem assumir um significado relevante para a *teoria da ação* caso venham a ser utilizadas para a coordenação de planos de ação de diferentes atores (como fazemos com o direito):

o conceito de “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento linguístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões de validade adquiram relevância imediata para a construção e manutenção de ordens sociais: pois estas mantêm-se no modo de reconhecimento de pretensões de validade normativas (HABERMAS, 2003a, p. 35).

O segundo Wittgenstein já havia demonstrado que a comunicação por intermédio da linguagem não depende apenas de normas lógico-gramaticais, mas também de normas pragmáticas, bem como que a linguagem exerce mais funções do que as meramente designativas. Austin desenvolve essa perspectiva na sua teoria dos atos de fala, ao estabelecer a distinção entre atos “locucionários” (meramente assertivos) e atos “ilocucionários” – que são atos de fala em que, além de dizer algo, fazemos algo no mundo: assumimos um compromisso,

⁷ Conforme Habermas, “Even if these presuppositions have an *ideal* content that can be only approximately satisfied, all participants must *de facto* accept them whenever they assert or deny the truth of a statement in any way and want to enter into argumentation aiming at justifying this validity claim” (HABERMAS, 1998, p. 16).

damos uma advertência, etc. O *agir comunicativo* consiste em que tão logo as forças ilocucionárias (Austin) dos atos de fala assumem o papel de *coordenação da ação* de diferentes agentes, *a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária de integração social*.

Quando os participantes suspendem o enfoque de um observador ou de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque performativo de um falante que deseja *entender-se* com uma segunda pessoa sobre algo, as energias de ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação, na medida em que da resposta afirmativa do destinatário à oferta de um ato de fala resultam obrigações relevantes para as consequências da interação (HABERMAS, 2003a, p. 36). A oferta de um ato de fala adquire eficácia para a coordenação porque, com sua pretensão de validade inerente, o falante assume uma garantia de que ela poderá eventualmente ser resgatada por meio das razões adequadas. A ideia da resgatabilidade de pretensões de validade criticáveis impõe idealizações; elas, no entanto, são arrancadas do plano transcendental do mundo das ideias e produzidas pelas próprias pessoas que agem comunicativamente, em função dos pressupostos pragmáticos inerentes a quaisquer atos de fala – que sempre *apontam* para razões potenciais e, deste modo, para o auditório da comunidade de interpretação ilimitada, idealmente alargado, perante o qual eles teriam que ser justificados e, assim, aceitáveis racionalmente (HABERMAS, 2003a, p. 37)⁸.

A idealidade da generalidade dos conceitos e dos significados e a idealidade dos conceitos de validade estão ambas embutidas na própria comunicação linguística, intervindo na constituição da realidade social de interações interligadas, que se irradiam no espaço e no tempo. Os mal-entendidos só podem ser descobertos como tais na medida em que os participantes estejam apoiados numa linguagem comum ou traduzível, de tal forma que os contextos do agir comunicativo estão marcados pela idealidade da generalidade do significado:

⁸ Nesse contexto é que se mostra equivocada certa leitura *kantiana* de Habermas, ainda presa ao dualismo de matriz platônica entre mundo ideal e mundo real, que vê na “situação ideal de fala” uma espécie de “idéia reguladora” que permite guiar e criticar discursos empíricos. Afinal, como sintetiza o Professor Marcelo Cattoni de Oliveira, “a ‘situação ideal de fala’ nada mais é, segundo Habermas, do que um ‘experimento de pensamento’, uma ‘ficção metodológica’, e representa, assim destituída de toda e qualquer conotação essencialista, tão-somente uma projeção empreendida por meio da reconstrução dos pressupostos idealizantes, de caráter contrafactual, da racionalidade comunicativa, já presentes na facticidade dos processos sociais, subjacentes, portanto, a toda interação linguística voltada ao entendimento; aqui, pois, a transcendência é *imanente*, é *intramundana*. Em contraste com a projeção de ideais, à luz dos quais podemos identificar *desvios*, ‘os pressupostos idealizantes que nós já sempre temos de adotar, se pretendemos alcançar o entendimento mútuo, não envolvem qualquer tipo de correspondência ou de comparação entre ideia e realidade’ [Brunckhorst]. [...] O mal-entendido essencialista é substituído por uma ficção metodológica elaborada para dispor de um pano-de-fundo sobre o qual o substrato de complexidade societária *inevitável* torna-se visível” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012b, p. 43).

trata-se de um pressuposto que é necessário, ao menos *contrafactualmente*, para todo o uso da linguagem orientada pelo entendimento (HABERMAS, 2003a, p. 38). Como coloca o Professor Menelick de Carvalho Netto,

É claro que tudo isso que eu estou dizendo, digo no pressuposto de que posso ser entendido, mas esse é um pressuposto contrafactual, pois, na verdade, se formos verificar as vivências das pessoas, essas são muito diversas e a possibilidade de se ser efetivamente compreendido é pouco plausível. Ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos com o termo democracia, veremos que acerca de seu significado havia não um acordo racional, mas mero preconceito, ou seja, uma precompreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum. E conquanto efetivamente possamos provar empiricamente que a comunicação não se dá, ao fazê-lo, provamos unicamente que o mal-entendido é possível, o que, portanto, apenas confirma o entendimento como regra geral. A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos (2002b, p. 74).

O segundo nível de idealização, relativo aos pressupostos contrafáticos do agir comunicativo que devem assegurar às *pretensões de validade* um caráter de incondicionalidade, coloca outro grupo de problemas, na medida em que *qualquer acordo obtido comunicativamente mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões criticáveis*. Tomadas de posição em termos de sim/não carregam os fatos sociais criados por elas com uma tensão ideal, pois *reagem a pretensões de validade que, para serem justificadas, pressupõem o assentimento de um auditório idealmente ampliado*; a validade pretendida para enunciados e normas transcende, de acordo com seu sentido, os espaços e tempos, ao passo que a pretensão atual é levantada sempre aqui e agora, no interior de determinados contextos, e, sendo aceita ou rejeitada, acarreta consequências para a ação: “enquanto pretensões, ultrapassam qualquer contexto; no entanto, têm que ser colocadas e aceitas aqui e agora, caso contrário não poderão ser portadoras de um acordo capaz de coordenar a ação – pois não existe para isso um contexto zero” (HABERMAS, 2003a, p. 39).

Nesse quadro, o primeiro passo reconstrutivo das condições de integração social leva ao conceito de mundo da vida, que pode explicar de que forma é possível a existência da ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram permanentemente ameaçados por uma tensão entre facticidade e validade, pois há um risco de dissenso embutido no próprio mecanismo de entendimento. A integração social através do uso da linguagem

orientado para o entendimento seria inteiramente implausível, diante desse permanente risco de dissenso, “se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual”, de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos (HABERMAS, 2003a, p. 40). Durante o agir comunicativo, o mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui a fonte das interpretações – envolvendo-nos em certezas imediatas que nos permitem viver e falar diretamente, que podem ser descritas como uma forma condensada e ao mesmo tempo deficiente de saber e poder; não se trata de um saber em sentido estrito, pois ele não é falível e criticável enquanto tal, mas apenas na medida em que é proferido e entra em contato com pretensões de validade criticáveis; no entanto, é imunizado por um nivelamento da tensão entre facticidade e validade, na medida em que na própria dimensão da validade é extinto o momento contrafactual de uma idealização, ao mesmo tempo em que permanece intacta a dimensão da qual o saber implícito extrai a força das suas convicções (HABERMAS, 2003a, p. 41).

Para Habermas, em instituições arcaicas, que se apresentam com uma pretensão de autoridade aparentemente inatacável, pode ser detectada uma fusão semelhante entre facticidade e validade: expectativas cognitivas e normativas solidificam-se, formando um complexo indiviso de convicções ligado a motivos e orientações axiológicas; restrições à comunicação protegem contra problematizações a validade dos conteúdos descritivos, valorativos e expressivos, que se entrelaçam, formando um complexo cristalizado de convicções que afirma um tipo de validade revestido do poder do factual (HABERMAS, 2003a, p. 42–3). Isso explica, por exemplo, a estabilização da tensão entre facticidade e validade do exercício do poder até a passagem para a Modernidade, momento após o qual a tríade romana “tradição, religião e autoridade” perdia o potencial de fornecer legitimidade ao exercício do poder político (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012b, p. 90–7): a estabilidade de expectativas de comportamento era até então garantida pelas convicções apoiadas numa autoridade ao mesmo tempo intimidante e “fascinosa” e a validade mantém sua força concreta ainda se alimentando do sagrado (HABERMAS, 2003a, p. 44). Nas sociedades modernas, a força empregada para sancionar a violação de normas de ação pode se separar, irreversivelmente, da força da convicção derivada de razões sagradas tidas por evidentes.

Para chegar à categoria do direito enquanto meio de integração social, no entanto é necessário um terceiro passo reconstrutivo. Para Habermas, é evidente que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em relação a pretensões de validade criticáveis cresce com o aumento da complexidade da sociedade; em sociedades

hipercomplexas, a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias individuais inibem as zonas de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida, ao passo em que o desencantamento do mundo decompõe convicções sacralizadas em aspectos de validade diferenciados, formando uma tradição diluída comunicativamente (HABERMAS, 2003a, p. 44). Daí decorre o problema típico de sociedades modernas, secularizadas, em que as ordens normativas não dispõem de garantias meta-sociais e as certezas do mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem uma compensação suficiente para esse *déficit*: “como estabilizar, na perspectiva dos próprios atores, a validade de uma ordem social, na qual ações comunicativas tornam-se autônomas e claramente distintas de interações estratégicas?”; ou “como integrar socialmente mundos da vida em si mesmo pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e instituições fortes?” (HABERMAS, 2003a, pp. 45–6). A saída encontrada por Habermas está na *regulamentação normativa de interações estratégicas*, sobre as quais os próprios atores se entendem, por meio do sistema de direitos que provê as liberdades subjetivas de ação com a coação do direito objetivo.

As normas apropriadas para estabelecer limitações socialmente integradoras às interações estratégicas dos indivíduos devem ser capazes de impulsionar a aquiescência dos sujeitos *simultaneamente* por meio de coações fáticas (sanções) e por meio de sua legitimidade; em outras palavras, os sujeitos que atuam estrategicamente devem ser compelidos a adaptar seus comportamentos ao modelo objetivamente imposto pelas normas, mas, ao mesmo tempo, essas normas devem possuir uma força socialmente integradora que depende de pretensões de validade normativa intersubjetivamente reconhecidas – que, por sua vez, não podem mais estar ancoradas nas garantias metassociais do sagrado, típicas de instituições arcaicas (HABERMAS, 1998, p. 27). A materialidade da imposição coercitiva do direito pelo Estado está interligada com a força de um processo de normatização do direito que se pretende válido por ser racional e garantir a liberdade – dimensões que permanecem distintas, mas em permanente tensão.

Habermas recupera o conceito kantiano de legalidade para esclarecer o complexo modo de validade do direito em geral, tomando os direitos subjetivos como ponto de partida. De acordo com Kant, o direito está autorizado ao uso da coerção, mas apenas na medida em que se opõe ao abuso da liberdade de cada um; as regras do direito estabelecem as condições sob as quais o arbítrio de cada um pode ser ligado ao arbítrio das outras, segundo uma lei geral da liberdade: “é possível localizar o conceito de Direito diretamente na possibilidade de

conectar a coerção universal e recíproca com a liberdade de todos”⁹ (KANT, 1991, p. 57). O duplo caráter das normas do direito consiste na circunstância de que elas “são, ao mesmo tempo e sob aspectos diferentes, leis da coerção e leis da liberdade” (HABERMAS, 2003a, p. 49), e isso se revela na maneira ambígua com que essas normas se dirigem aos seus destinatários – que “podem agir estrategicamente em face das consequências previsíveis de uma possível violação das normas ou podem cumprir as normas por respeito aos resultados da formação comum da vontade que exige legitimidade para si” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012b, p. 61). A validade jurídica de uma norma, nesse quadro, equivale a uma explicação “para o fato de um Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito” (HABERMAS, 2002a, p. 287), o que permite que um ator, a partir de sua perspectiva, atribua a uma prescrição juridicamente válida “o *status* de um fato com consequências prognosticáveis ou a obrigatoriedade deontológica de uma expectativa normativa de comportamento”: se por um lado ficam liberados os motivos do comportamento dirigido por normas, as normas, ao mesmo tempo, se erguem com uma pretensão de validade normativa que requer de seus destinatários obediência ao direito pelo motivo não-coercitivo do dever (HABERMAS, 2003a, p. 52). É por isso que, para Habermas, o conceito do direito moderno absorve o pensamento democrático de acordo com o qual “a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da ‘vontade unida e coincidente de todos’ os cidadãos livres e iguais” (HABERMAS, 2003a, p. 53): a permissão para a coerção jurídica é deduzida de uma “*expectativa de legitimidade* associada à resolução do legislador” (HABERMAS, 2003a, p. 53–54), que não se trata da manifestação de qualquer vontade contingente ou arbitrária, mas sim a vontade legítima resultante de uma autolegislação presumivelmente racional levada a cabo por cidadãos politicamente autônomos.

Assim é que, após a virada linguística na filosofia, pode ser superada a oposição, típica da tradição platônica, entre ideia e realidade: as “ideias passam a ser concebidas como incorporadas na linguagem, de tal modo que a facticidade dos signos e expressões linguísticas que surgem no mundo liga-se internamente com a idealidade da universalidade do significado e da validade em termos de verdade” (HABERMAS, 2003a, p. 55). O conceito de validade ideal é desessencializado, passando a ser entendido como afirmabilidade racional sob condições ideais – ou seja, tendo como referência o possível resgate discursivo de pretensões de validade

⁹ Tradução livre de “Instead one can locate the concept of Right directly in the possibility of connecting universal reciprocal coercion with the freedom of everyone”.

contra objeções apresentadas factualmente, o que só se expressa no nível do uso da linguagem (HABERMAS, 2003a, p. 56). O uso da linguagem orientada para o entendimento desloca essa tensão para o mundo dos fatos sociais, e a tensão linguística desencadeada pelas pretensões de validade levantadas no agir comunicativo deve ser interpretada como um momento da própria facticidade social, ou seja, da prática comunicativa cotidiana por meio da qual se reproduzem formas de vida (HABERMAS, 2003a, p. 56).

As convicções que, na perspectiva ideal dos agentes, são compartilhadas intersubjetivamente, formam o *medium* da integração social. No entanto, essas convicções estão permanentemente sujeitas a se tornarem problemáticas, mediante o emprego de argumentos destinados a fortalecê-las ou estremecê-las; na medida em que os próprios argumentos devem a sua força motivadora à dimensão contrafática dos significados idealmente gerais e da validade de expressões linguísticas, a tensão entre facticidade e validade que reside na linguagem e no seu emprego se introduz na sociedade: “a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto” (HABERMAS, 2003a, p. 57). Na medida em que o tecido social é perpassado por suposições de verdade falíveis, das quais depende a estabilização das expectativas de comportamento, essa estabilização nunca pode ser definitivamente alcançada.

A estabilização de expectativas de comportamento – ou, em outros termos, a segurança jurídica – é devida a realizações da integração social que afastam continuamente o perigo atual de um dissenso fundamentado. O risco embutido no agir comunicativo é *circunscrito* através das certezas intuitivas inquestionáveis em si mesmas, por não estarem atreladas a argumentos disponíveis e mobilizáveis intencionalmente, e uma semelhante fusão entre facticidade e validade pode ser observada nas sociedades arcaicas; no entanto, sob condições modernas de sociedades complexas, surge uma situação paradoxal em que o agir comunicativo *não-circunscrito* não é mais capaz de carregar seriamente o fardo da integração social (pois, apoiando-se em seus próprios recursos, só consegue domesticar o risco de dissenso através de uma intensificação do risco – ou seja, prolongando os discursos), nem tampouco de livrar-se desse fardo (HABERMAS, 2003a, p. 58–59).

Nesse quadro, como pode o direito encarregar-se da integração social com o auxílio de uma comunicação que toma lugar em um mundo irrevogavelmente pluralizado, uma comunicação não-circunscrita pelo sagrado ou entrelaçada em uma eticidade convencional

homogênea? Através do direito, inventa-se um sistema de regras que “une e, ao mesmo tempo, diferencia ambas as estratégias, a da circunscrição e a da liberação do risco do dissenso embutido no agir comunicativo, no sentido de uma divisão do trabalho”: de um lado a positividade estatal do direito oferece um *equivalente funcional* para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada, substituindo convicções compartilhadas pelas sanções – que, como citado, são capazes de liberar os motivos que acompanham a obediência às regras, mas ainda assim impõem respeito; de outro lado, “os membros do direito têm que poder supor que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade política, autorizariam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários”, no sentido de que a positividade e a pretensão de legitimidade do direito assumem o ônus de fazer jus a uma comunicação não-circunscrita que permite expor todas as normas e valores ao exame crítico (HABERMAS, 2003a, p. 59–60). O processo de legitimação torna-se então um componente interno do sistema jurídico, que precisa institucionalizar em normas as contingências de uma comunicação cotidiana não-circunscrita e sem forma determinada; assim, o risco do dissenso, da contradição, é transformado na força produtiva de uma formação política presumivelmente racional da opinião e da vontade que se estende ao longo do tempo (HABERMAS, 2003a, p. 60).

O direito moderno, para Habermas, alivia as sobrecarregadas realizações de entendimento da tarefa de integração social sem anular, em princípio, a liberação do espectro de comunicação, em função de dois de seus aspectos centrais: sua positividade e sua pretensão à aceitabilidade racional. A positividade do direito se refere ao fato de que uma estrutura normativa é artificial, contingente e precária – só existe até segunda ordem, na medida em que pode ser modificada; sob esse aspecto, “a validade do direito positivo aparece como expressão pura de uma vontade, a qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito”, e desse “voluntarismo da pura criação” se alimenta o positivismo jurídico (HABERMAS, 2003a, p. 60). Lado outro, a positividade do direito fundada apenas na contingência de decisões arbitrárias perde seu poder de integração social: o direito extrai sua força da aliança da positividade do direito com sua pretensão de legitimidade, uma aliança entre aceitação fática e aceitabilidade exigida por pretensões de validade: essa tensão ideal entre facticidade e validade retorna no nível do direito “na relação entre a coerção do direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a ideia da autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que

resgata a pretensão de legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis” (HABERMAS, 2003a, p. 61).

Em suma, o direito moderno funciona como um equivalente funcional para uma autoridade sagrada em sociedades que se, por um lado, precisam estabilizar expectativas de comportamento e coordenar as ações dos sujeitos associados, por outro lado têm por fundamento um pluralismo constitutivo de formas de vida e de compreensões de mundo que sobrecarrega o potencial de racionalidade presente na uma comunicação linguística não-circunscrita. Isso agudiza a tensão entre facticidade e validade no nível do direito – tensão já presente na prática comunicacional informal em função do conteúdo ideal-imanente dos pressupostos contrafáticos do agir comunicativo. A ideia de uma comunidade jurídica de cidadãos que se autodeterminam, delimitada inicialmente na linguagem do direito natural, expressa uma consciência acerca desse conteúdo ideal da validade jurídica.

1.3 Direitos humanos, direitos fundamentais, essencialismo e linguagem

Em que sentido a tradição de pensamento anterior à virada linguística ainda se faz representar na doutrina constitucional brasileira? Em geral, na adoção de uma perspectiva que, típica de uma teoria jurídica especializada em questões normativas, vê um hiato entre um ideal fixo, de existência autônoma presente nos direitos fundamentais e uma realidade que busca se adequar a esse ideal – como se os direitos fundamentais tivessem uma essência e uma existência separada da sociedade que os projeta. Toda a produção teórica em Direito Constitucional que pretende delinear o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de um exercício puro da razão – ou seja, a partir de um plano puramente ideal – ignora que a hermenêutica é uma dimensão fundamental do direito; que não existe uma essência descontextualizada dos direitos fundamentais; que não faz sentido falar na efetividade de um princípio constitucional sem que antes se tenha delineado qual é o sentido desse princípio constitucional; e que o sentido da igualdade e da liberdade não é dado, mas está em permanente disputa, constantemente redefinido e reinterpretado na medida em que se torna objeto de lutas políticas por reconhecimento.

A teoria habermasiana se coloca como um ponto de partida interessante para o estudo dos direitos humanos e fundamentais por diversos motivos. Em primeiro lugar, Habermas é um autor que, antes de se ocupar especificamente do direito, se preocupou em fundamentar a

elaboração de uma teoria social crítica em que a estrutura pragmática da linguagem se colocasse como condição de possibilidade para o discurso racional (2012a, b). Quando se ocupou mais detidamente do Direito, Habermas (1998), contra uma certa abordagem marxista vulgar ainda adotada por grande parte da esquerda, em que direito liberal é visto por como um mero dispositivo ideológico superestrutural destinado a invisibilizar o desequilíbrio intrínseco das relações de trabalho na sociedade burguesa¹⁰; e contra um igual “desencantamento” do direito e das disciplinas normativas promovido pelas ciências sociais – criticado na formulação exemplar de Niklas Luhmann, que designa ao direito uma perspectiva marginal e neutraliza a dimensão de idealidade das normas jurídicas por meio de uma descrição “objetiva” do fenômeno jurídico, fechada à perspectiva e às conquistas intencionais dos atores de determinada comunidade política e social¹¹ –, propõe uma teoria que permite resgatar as intenções fundamentais das teorias normativas do direito racional, sem fazê-lo, no entanto, de modo *imediato*. A teoria habermasiana oferece uma tipologia que permite resgatar as potencialidades normativas já internamente presentes no modo com que os atores sociais produzem e se apropriam de objetos culturais como o Direito – sem, contudo, ao contrário do construtivismo de John Rawls em sua teoria da justiça (1997), antecipar no nível da própria teoria o conteúdo normativo de instituições justas. Contra a ilusão de que um teórico jurídico ou social, como o constitucionalista, pode se colocar fora do âmbito do objeto no qual ele próprio é socializado, a teoria habermasiana sugere que o sentido normativo dos direitos humanos e fundamentais não é um dado anterior ao modo com que esse sentido é produzido e reproduzido, *inclusive pelo próprio teórico*, no interior de comunidades constitucionais concretas, numa relação de permanente *tensão* – e não de hiato ou oposição – com a facticidade política, econômica, social e cultural dessas comunidades.

Toda essa discussão ganha mais concretude a partir da análise dos pressupostos epistemológicos adotados por teóricos do direito na análise do seu objeto. Para tanto, a análise do modo com que distintos autores trabalham a questão da *dignidade da pessoa humana* enquanto princípio jurídico parece ser um ponto de partida esclarecedor. Além de ser tido como

¹⁰ Conforme José Rodrigo Rodriguez, “na abordagem marxista vulgar, o Direito não tem dignidade própria; não passa de um elemento da superestrutura ideológica à serviço da dominação do Capital. Nesse sentido, pode ser concebido como uma mera técnica à serviço do estado atual das forças produtivas, estas sim o objeto teórico por excelência da teoria marxista. De acordo com esta posição teórica, na sociedade pós-capitalista o Estado de Direito liberal deveria desaparecer, o que reafirma seu caráter marcadamente burguês, à serviço da dominação de classes” (RODRIGUEZ, 2004, p. 56).

¹¹ Conforme Habermas, “[Niklas Luhmann views are] the most rigorous version of a theory that assigns law a marginal position (as compared with its place in classical social theories) and neutralizes the phenomenon of legal validity by describing things objectivistically” (1998, p. 48).

o fundamento normativo dos direitos humanos em sua *universalidade, indivisibilidade, integralidade e interdependência* (WLASIC, 2006, p. 29–33), o conceito de dignidade da pessoa humana, após ter adquirido centralidade na Carta das Nações Unidas (1945) e na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), passou a desempenhar um papel de protagonismo no discurso sobre direitos humanos, no texto de diversas Constituições e declarações de direitos ao redor do mundo e em decisões judiciais das mais variadas jurisdições¹² (MCCRUDEN, 2008, p. 656). No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido à qualidade de fundamento da República (CRFB, art. 1º). Em que pese o tema não ser frequentemente abordado na jurisprudência do STF (FERNANDES, 2013, p. 302), diversos juristas publicaram obras e estudos sobre a dignidade da pessoa humana¹³.

É possível identificar na teoria jurídica brasileira uma tendência generalizada de postulação do conteúdo e das consequências normativas dos direitos humanos e fundamentais tão somente a partir de um puro exercício de racionalidade normativa – o que também é o caso no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. A defesa teórica da presente seção é a de que o significado da dignidade da pessoa humana e o sentido normativo dos direitos humanos não é um *a priori* acessível de modo imediato pela razão prática, mas sim uma construção política e social que se dá no bojo de lutas e conflitos concretos: não há verdadeira teoria dos direitos humanos sem uma teoria democrática, ou, ao menos, uma análise social concreta das violações da dignidade humana, aberta à perspectiva dos grupos e sujeitos violados. Considerando que a maior parcela dos teóricos brasileiros parte de uma reconstrução *imediata* das influências racionalistas do kantismo – em que se buscou definir critérios formais transcendentais e imutáveis da moralidade – para traçar os contornos do conceito de dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2013, p. 298), o estudo do princípio parece ser particularmente proveitoso para a crítica dos riscos inerentes à teorização sobre direitos humanos e fundamentais que desconhece a necessária construção intersubjetiva de seus sentidos, a interdependência entre direitos e democracia e a relação de permanente tensão existente entre esses direitos e a sociedade.

¹² Ver, por exemplo, o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 54: “o postulado da dignidade da pessoa humana – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo” (2012, p. 327). Manifestações semelhantes são recorrentes em votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹³ Ver, por exemplo, os estudos de Luís Roberto Barroso (2013), Ingo Wolfgang Starlet (2001), José Afonso da Silva (1998), Fábio Konder Comparato (2010) e Alexandre de Moraes (2002).

Kant constrói sua concepção de dignidade a partir da natureza racional do ser humano, afirmando que a autonomia da vontade – entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com certas leis – é um atributo apenas encontrado nos seres racionais que constitui fundamento da dignidade da natureza humana. A partir de Kant, Ingo Wolfgang Starlet (2001, 2009), partindo do pressuposto de que todos os seres humanos são dotados de racionalidade e de capacidade de autodeterminação, afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana implica reconhecer que cada pessoa tem capacidade para tornar-se consciente de si mesmo, autodeterminar sua conduta e formatar sua existência, construindo sua própria identidade com base em suas decisões e em seus valores, decidindo por si própria sobre seus projetos existenciais e sua felicidade, de forma consciente e responsável (STARLET, 2001, p. 50). Sob outro aspecto, afirma o professor que é necessário considerar que cada pessoa é única em sua existência, e, sendo única, é insubstituível; assim, a dignidade de cada pessoa não pode ser valorada; por consequência, não pode ser sopesada com a de outra pessoa: o princípio da dignidade da pessoa humana implicaria o reconhecimento, a aceitação e o respeito das particularidades que consubstanciam cada pessoa por sua individualidade (STARLET, 2001, p. 50); em suma, o Prof. Ingo Wolfgang Starlet define a dignidade da pessoa humana como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (STARLET, 2001, p. 60).

Roberto Barroso, em obra sobre a dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo, após sintetizar as principais ideias kantianas que têm influenciado, ao redor do mundo, a aplicação do princípio (2013, p. 68-72), busca, mesmo reconhecendo ser difícil elaborar um conceito transnacional de dignidade humana aplicável a distintas realidades políticas, econômicas, sociais e culturais, estabelecer um “conteúdo mínimo” para o conceito, a fim de “unificar o seu uso e conferir-lhe alguma objetividade” (BARROSO, 2013, p. 73). Para Barroso, apesar da necessidade, imposta pelo multiculturalismo, de que as minorias vejam reconhecida e respeitada sua diversidade étnica, religiosa e cultural, a dignidade humana, no seu *significado essencial*, tem uma pretensão universalista, simboliza o “tecido que mantém a família humana unida” e necessita de algum grau de “idealismo iluminista” para que seja possível confrontar “práticas e costumes arraigados de violência, opressão sexual e tirania” (BARROSO, 2013, p. 74). O princípio comportaria as

aludidas dimensões de “autonomia” e do “valor intrínseco” da vida humana, que poderiam, no entanto, ser relativizadas em prol da dimensão de “proteção de valores sociais compartilhados” da dignidade humana, desde que impostos coercitivamente em uma decisão com adequada fundamentação, que considere a existência de um direito fundamental a ser atingido, o dano potencial para a pessoa ou para terceiros, e o “grau de consenso social sobre a matéria” (BARROSO, 2013, p. 96).

Aqui há uma intenção explícita, assumida pela teoria, de alcançar diretamente, a partir de si própria, o “significado essencial” da dignidade da pessoa humana em suas pretensões universalistas, independentemente de sua mediação linguística. O conhecimento jurídico é perseguido num processo de descoberta da essência do conceito de dignidade humana, de uma essência ontológica do humano, pressuposta pela teoria. Assim, é a partir das exigências normativas colocadas pela essência da dignidade humana enquanto tal que será possível confrontar práticas arraigadas de violência, opressão sexual e tirania – não a partir das pretensões normativas levantadas pelas próprias pessoas cuja dignidade é violada por essas práticas. O problema é a insistência em uma teoria semântica, que busca tornar operante o conceito de “dignidade humana” por meio de um investimento no aprisionamento de uma suposta permanência de seu âmago significativo, a despeito da contingência da vida e da política. Sobre a ingenuidade de um tal empreendimento, afirma o Professor Menelick de Carvalho Netto que

é óbvio que não há dicionário ou gramática, por mais bem feita que seja, capaz de congelar a linguagem. Dicionários e gramáticas ficam defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da gramática das práticas sociais em permanente transformação. A linguagem é algo vivo e vivenciado que não se deixa aprisionar. Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos, quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los e passamos a buscar controlá-los; a questão só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a imparcialidade e nunca o texto em si, ainda que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo (CARVALHO NETTO, 2002a, p. 83).

Numa perspectiva semântica, o saber técnico do especialista em questões normativas busca fornecer diretamente uma *ratio essendi* para a solução dos conflitos jurídicos, a despeito da dimensão linguístico-contextual que é a única em que surgirá, propriamente, o conflito político. O Direito Constitucional material, no entanto, jamais poderá se esquivar da

contingência da política, que é imanente mesmo à mais devota cruzada em busca da essência. Afinal:

Após um século que, como nenhum outro, nos ensinou os horrores de uma não-razão existente, os últimos resquícios da confiança numa razão essencialista evaporaram-se. E a modernidade, uma vez consciente de suas contingências, cada vez mais fica dependente de uma razão procedimental, isto é, de uma razão que conduz a um processo contra si mesma. Ora, a crítica da razão é obra dela própria: tal ambiguidade kantiana resulta de uma ideia radicalmente antiplatônica, segundo a qual não existe algo mais elevado ou mais profundo ao qual podemos apelar, uma vez que, ao chegarmos, descobrimos que nossas vidas já estavam estruturadas linguisticamente (HABERMAS, 2003a, p. 12).

O segundo Wittgenstein demonstrou que a pergunta pela “coisa em si”, pela essência acessível à razão, é uma ilusão transcendental, uma tentativa de acessar os conceitos fora dos jogos de linguagem nos quais eles podem ganhar sentido. Se não há possibilidade de razão externa à linguagem, a teoria jurídica não deve perquirir pelo sentido dos direitos humanos e fundamentais como “coisa em si”, mas sim pelas condições de possibilidade de um discurso racional sobre os direitos humanos que tenha lugar na intersubjetividade, ao invés de partir da subjetividade. Não há uma essência dos direitos fundamentais e humanos; na medida em que seus conteúdos ideais estão incorporados na linguagem, se liga internamente, à facticidade do emprego concreto dos conceitos em que se expressam os direitos humanos e fundamentais, a idealidade da generalidade dos significados e a idealidade da validade em termos de verdade – a princípio estabilizadas, mas permanentemente sujeitas a se tornarem problemáticas através da argumentação. O sentido normativo dos direitos humanos e fundamentais é construído e reconstruído a partir do momento em que, partindo do pressuposto de que vivemos em comunidades políticas formadas por sujeitos *de direitos*, o consenso frágil acerca dos direitos humanos e fundamentais que possibilitam a convivência democrática nessa comunidade constitucional é estremecido pelo ajuizamento de pretensões de validade criticáveis e controversas sobre o conteúdo desses direitos. A pretensão de universalidade dos direitos humanos, a partir da virada linguística, não pode mais ser buscada a partir de excursos racionais ingênuos sobre as condições morais universais da convivência humana, mas deve ser entendida como universalidade contingente: com fundamento nos direitos humanos são ajuizadas pretensões de validade contingentes, enunciadas aqui e agora, mas que, não obstante, enquanto pretensões, extrapolam qualquer contexto, apontando a um auditório de intérpretes idealmente alargado para o qual sua validade deve poder ser justificada.

Ingo Wolfgang Starlet, embora em alguns momentos persista no empreendimento de deduzir a partir do conceito de dignidade da pessoa humana o conteúdo normativo “essencial” do princípio, parece admitir o caráter supérfluo de uma tal empreitada, na medida em que reconhece que o conceito é insaturável e se mostra mais claramente enquanto tal em situações de violação nas quais é invocado:

não há como negar, de outra parte, que uma conceituação clara do que efetivamente seja dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica, muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades [...] reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade [...] passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal [...]. Mesmo assim, [...] não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. [...] Nesse contexto, [...] nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento (STARLET, 2001, p. 39–40).

Ronald Dworkin sabe que o direito é um conceito interpretativo. Sua tese de que há uma única resposta correta para casos difíceis (DWORKIN, 2005, p. 175–216) está assentada na unicidade e na irrepetibilidade de cada caso concreto em um ordenamento jurídico composto também de princípios – normas que, na medida em que não pretendem regular previamente suas próprias hipóteses de aplicação, podem conviver validamente com seus opostos, de tal forma que *apenas a partir das pretensões normativas levantadas concretamente pelos participantes do direito enquanto prática argumentativa* é possível distinguir a pretensão abusiva da pretensão correta com base em princípios levantada (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 32–3). No entanto, Dworkin parte de uma concepção substantiva de democracia – entendida como sistema de governo em que as decisões coletivas são feitas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratam todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, com igual respeito e consideração (DWORKIN, 1999, p. 17) – contexto em que se situa sua leitura acerca do princípio da dignidade da pessoa humana

realizada em “*Is Democracy Possible Here?*” (2008), que antecipa o conteúdo jurídico dessa exigência fundamental.

Com argumentação em alguns pontos similar à anteriormente desenvolvida em “Domínio da Vida” (2009), Dworkin propõe que todos compartilham dois princípios básicos bastante abstratos. O primeiro deles – que reflete um ideal de igualdade – é o do valor intrínseco: toda vida humana tem um tipo específico de valor objetivo, valor enquanto potencialidade; uma vez que uma vida humana se inicia, é importante o modo com que ela se desenvolve; o sucesso ou a falência de uma vida humana é algo importante em si mesmo, independentemente se se trata da nossa própria vida ou da vida de outra pessoa (DWORKIN, 2008, pp. 9-10). O segundo princípio – que reflete um ideal de liberdade – é o princípio da responsabilidade pessoal: cada pessoa tem responsabilidade particular por concretizar o sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui exercer de forma autônoma o juízo sobre que tipo de vida é para ela uma vida exitosa (DWORKIN, 2008, p. 10). Para Dworkin, ambos os princípios, juntos, definem as bases e condições da dignidade humana; são os seus princípios ou dimensões (2008, p. 10). Uma questão emerge quanto à segunda dimensão da dignidade humana: a responsabilidade pessoal sobre decisões quanto ao modo com que guiar nossas vidas abrange quais decisões? A diferença central, para Dworkin, é a diferença entre ética e moralidade: “nossas convicções éticas definem o que deveria contar como uma boa vida para nós mesmos; nossos princípios morais definem nossas obrigações e responsabilidades para com outras pessoas” (2008, p. 21)¹⁴. O princípio da responsabilidade pessoal permite que o Estado nos force a viver de acordo com decisões coletivas de matriz moral – como o faz através de leis criminais contra o homicídio e leis sobre propriedade, p. ex. –, mas proíbe que o Estado dite convicções éticas – como em questões afetas a casamento, religião e escolha de profissão (DWORKIN, 2008, p. 21-22).

De modo geral, é possível sintetizar que o problema em partir, numa perspectiva liberal, de digressões racionalistas a partir das quais se busca extrair a essência normativa dos direitos humanos, tidos como restrições externas ao legislador democrático, é o fato de que essa perspectiva ignora a dimensão democrática que deve ser inerente ao exercício e à definição do conteúdo desses direitos. Afinal, se há uma essência humana imutável da qual os direitos humanos decorrem, não há necessidade de que a cidadania esteja implicada na interpretação

¹⁴ Posteriormente, Dworkin passou a defender a unidade entre os valores éticos, morais e políticos, propondo uma teoria sobre o que é viver bem e sobre o que, se queremos viver bem, devemos fazer e não fazer para com as demais pessoas (DWORKIN, 2011; COSTA, 2014).

desses mesmos direitos. Habermas coloca a questão com bastante clareza: segundo o autor, por mais que os direitos humanos possam ser bem fundamentados sob o ponto de vista moral, não pode ocorrer que um soberano seja investido deles de forma paternalista: a ideia de autonomia jurídica exige que os destinatários do direito possam ver a si próprios simultaneamente como autores desses direitos, e a noção de que os direitos humanos são fatos morais previamente dados, meramente positivados pelo legislador, está em contradição com essa ideia (HABERMAS, 2002a, p. 293).

A relação não apaziguada entre direitos humanos e soberania do povo, para Habermas, é reveladora do fato de que ainda não foi possível harmonizar conceitualmente as noções de autonomia pública e autonomia privada – e essa dificuldade pode ser explicada não só a partir das premissas da filosofia da consciência, mas também a partir da herança metafísica das teorias do direito natural, em que o direito positivo é tido como submetido a um direito moral pré-político (2003a, p. 115). Em Kant, o direito se subordina à moral, limitando-a em três aspectos a partir dos quais a ordem moral se reflete na ordem jurídica: o direito se refere não à vontade livre, mas ao *arbitrio* dos destinatários; não perquire sobre as intenções dos agentes, mas tão somente regula suas *relações externas*; e está conectado a uma autorização para coerção, sempre que se estiver diante de um uso da liberdade que se mostre ele mesmo abusivo, contrário à liberdade segundo uma lei universal (KANT, 1991, p. 55–9); subjacente a essa construção, segundo Habermas, está “a ideia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um ‘reino dos fins’” (2003a, p. 140).

Existe entre Direito e moral para Habermas, no entanto, uma relação de complementaridade, não uma relação de subordinação. Contra a ideia de que o direito positivo deve se submeter a um direito moral racional superior, Habermas demonstra que, no nível de sua fundamentação, o direito positivo está invariavelmente impregnado não só de conteúdo moral, mas também de conteúdo ético e pragmático: por mais que a consideração de fins coletivos e dos meios para alcançá-los não possa dissolver a própria estrutura jurídica como tal, é parte da natureza da normatização através do direito que ela se abra para essas demarcações de objetivos pela vontade política de uma sociedade. No âmbito da formação política da vontade que se expressa através do código do direito, a razão prática é chamada a fundamentar essas decisões políticas em todas as suas dimensões, concorrendo argumentos pragmáticos – em que os atores buscam os meios apropriados para a realização de preferências e fins já dados –, argumentos ético-políticos – em que os atores buscam se entender sobre formas de vida e

projetos compartilhados – e argumentos propriamente morais – quando entra em cena a possibilidade de regulação da convivência no interesse simétrico de todos (HABERMAS, 2003a, p. 200–4)¹⁵. As matérias passíveis de regulamentação jurídica são ao mesmo tempo mais restritas que as matérias que se colocam como objeto da moral – na medida em que o direito, ao contrário da moral, só pode alcançar as condutas externas dos agentes, sendo-lhe em geral indiferentes as motivações subjetivas para o agir conforme as normas – e mais amplas do que essas matérias – porque o direito não se limita a regulamentar, da perspectiva moral, os conflitos intersubjetivos de ação, mas também é chamado a regulamentar a demarcação coletiva de objetivos políticos e os meios adequados para alcançar essas finalidades (questões éticas e questões pragmáticas) (HABERMAS, 2002a, p. 289).

Para além da circunstância de que o direito não pode estar subordinado à moral, pois há uma mera intersecção entre o campo jurídico e o campo moral, não uma subsunção do primeiro campo no segundo, a autonomia, que no campo da moral é unitária, aparece no direito dividida em dois momentos distintos e complementares, enquanto autonomia pública e autonomia privada, que não podem se prejudicar reciprocamente. Ao contrário da autodeterminação moral em sentido kantiano, que pressupõe que o indivíduo possa seguir as normas que estabelece para si mesmo, a obrigatoriedade das normas jurídicas remonta a decisões coletivamente vinculantes tomadas procedimentalmente em instâncias a cargo de configurar e interpretar o sistema de direitos fundamentais e humanos – de tal forma que a autonomia privada, entendida em sentido jurídico como uma zona de liberdades individuais garantidas institucionalmente sob o manto de direitos subjetivos protegidos pelo poder sancionador do Estado, nessa qualidade possibilitadora do próprio processo político democrático, depende da complementação desse mesmo processo decisório institucionalizado para que os sujeitos de direito possam definir, eles próprios, quais são as liberdades individuais que delimitam os seus espaços de ação (HABERMAS, 2002, p. 290; SILVA, 2008, p. 102–7). O exercício da autonomia pública, em um processo de autolegislação democrática em que uma comunidade regula sua convivência por meio do direito, depende *no mínimo* de um sistema de direitos fundamentais que lhe é constitutivo, uma vez que garante a autonomia dos sujeitos juridicamente associados. No entanto, *a teoria não pode antecipar o conteúdo mesmo desse sistema de direitos*, cuja configuração deve ser deixada a cargo dos próprios sujeitos associados.

¹⁵ Sobre essa questão, ver também HABERMAS, 1989.

A principal discordância entre o paradigma do direito liberal clássico e o paradigma do direito social, que começa a ser construído no século XX, diz respeito a se é possível garantir a autonomia privada tão somente mediante a concessão de direitos negativos de liberdade, ou se essa liberdade deve ser assegurada mediante a outorga positiva de benefícios sociais; no entanto, para Habermas, em ambos os casos se perdeu de vista a coesão interna entre autonomia privada e autonomia pública, pois a materialização do direito gerou as consequências indesejadas de um paternalismo socioestatal em que a desigualdade era tratada como um dado, uma questão técnica e objetiva, não como um problema a que a cidadania tivesse sido chamada para definir as circunstâncias que demandassem tratamentos diferenciados ou prestações estatais em cada caso (HABERMAS, 2002, p. 294-295). Isso é exemplificado, ainda que de forma simplificada e caricatural, através das políticas feministas de equiparação: a ampliação da igualdade formal entre homens e mulheres evidenciou o tratamento desigual a que as mulheres estavam *de fato* submetidas, e a isso a política socioestatal reagiu com regulamentações especiais referentes à maternidade, ao divórcio, etc.; no entanto, as consequências ambivalentes dessas políticas – como o risco de desemprego causado pelas compensações legais – passaram a ser alvo da crítica feminista, pois as classificações generalizadas e errôneas aplicadas a grupos desfavorecidos podem levar a intervenções normalizadoras que permitem que a compensação de danos, a pretexto de assegurar a liberdade, se converta de modo perverso em novas discriminações e em privação da liberdade (HABERMAS, 2002, p. 296). Em todo caso, a questão dos direitos que garantem a autonomia deve ser aclarada em controvérsias públicas sobre a interpretação adequada de carências e critérios, sobre quais diferenças entre experiências e situações de vida tornam-se relevantes para que o uso de liberdades subjetivas ocorra em igualdade de chances, pois “só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado” (HABERMAS, 2002, p. 297).

A necessidade de que a voz dos próprios titulares dos direitos humanos e fundamentais seja determinante na definição do conteúdo desses direitos é, assim, explicada a partir da própria e inevitável mediação linguística do jurídico. Os conceitos em que se expressam os direitos humanos e fundamentais não contém essências, mas conteúdos ideais imanentes produzidos pelo emprego pragmático e intersubjetivo da linguagem. Esses conteúdos ideais, que são a princípio empregados de forma inocente e não problematizada em função de uma estabilização da tensão entre facticidade e validade possibilitadora da comunicação em contextos cotidianos, estão permanentemente sujeitos a se tornarem problemáticos mediante o ajuizamento

intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis. Ninguém, no entanto, dispõe de condições não interpretativas de validade. Numa democracia ninguém pode reivindicar acesso privilegiado à “verdade” sobre assuntos legislativos ou constitucionais: o fato de que um ponto de vista imparcial de um observador ideal está fora do alcance de todos é uma venerável intuição igualitária e os participantes numa deliberação podem muito bem perseguir um propósito cognitivo sobre a correção normativa de enunciados morais e, ao mesmo tempo, serem barrados de em algum momento alcançar em público determinado resultado que se possa esperar que todos possam aceitar racionalmente (HABERMAS, 2003b, p. 190). A noção de equipromordialidade entre autonomia pública e autonomia privada expressa bem essa intuição igualitária, na medida em que reconhece que o conteúdo jurídico da autonomia privada não é um dado, uma decorrência da natureza humana acessível ao saber especializado do constitucionalista ou do jusfilósofo, mas que tanto as exigências normativas para proteção da autonomia privada quanto a própria fronteira entre o que é público e o que é privado – e a luta política travada em especial durante a segunda onda do movimento feminista não nos permite ignorar – são construções históricas, políticas e sociais. A defesa, como trataremos em seguida, não é a de um relativismo absoluto, mas de que a pretensão de universalidade dos direitos humanos não pode ser proposta a partir de nenhum marco zero de pensamento, senão construída e reconstruída a partir das pretensões normativas daqueles que têm sua dignidade violada. Afinal:

As condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma “luta por reconhecimento”; e essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto. A. Honneth¹⁶ mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sob os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e aquilo que é diferente tem que ser tratado de modo diferente. Essa disputa pela interpretação de necessidades não pode ser delegada aos juízes e funcionários, nem mesmo ao legislador político (HABERMAS, 2011, p. 168).

1.4 Habermas de Kant a Hegel: liberdade, dignidade humana, reconhecimento e a utopia realista dos direitos humanos

Em texto recente, Habermas (2010) trabalhou explicitamente o conceito de dignidade humana, sobre o qual tratamos no capítulo anterior. Para Habermas, os direitos humanos se

¹⁶ A referência é à obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais” (HONNETH, 2009b).

desenvolvem ao longo da história em resposta a violações da dignidade humana – e esses direitos podem ser concebidos como *especificações da dignidade humana*, que é sua fonte moral. A relação interna entre direitos humanos e dignidade humana, assim, serve para explicar o conteúdo moral dos direitos humanos e o traço distintivo que os caracteriza: os direitos humanos são desenhados para uma efetiva implementação dos valores morais centrais de um universalismo igualitário na linguagem do direito coercitivo.

De acordo com Habermas, o conceito de “dignidade humana”, que encontrou expressão canônica no imperativo categórico kantiano, passou a ocupar um espaço proeminente no discurso sobre direitos humanos, em decisões judiciais, no texto de tratados internacionais e de constituições apenas a partir do século XX – numa clara resposta aos crimes contra a humanidade cometidos pelo regime nazista e aos massacres da Segunda Guerra Mundial (2010, p. 465). Nesse contexto, Habermas se pergunta se é apenas em face do pano de fundo histórico do holocausto que a ideia de direitos humanos se torna moralmente carregada com a ideia de dignidade humana (o que parece ser confirmado pelo deslocamento temporal existente entre a ideia de direitos humanos, que data do século XVII, e o emprego do conceito de dignidade humana em codificações nacionais internacionais, que somente se acentuou nos últimos 50 anos). Mesmo em face desse aparente descompasso temporal, Habermas defende a tese de que a ideia de dignidade humana não promove um carregamento moral retrospectivo dos direitos humanos, mas que sempre houve, ainda que de modo implícito, *uma conexão conceitual interna entre direitos humanos e dignidade humana*:

Direitos humanos sempre foram o produto da resistência ao despotismo, à opressão e à humilhação. Atualmente, ninguém pode pronunciar [...] a proposição “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (artigo 5º da Declaração Universal) [...] sem escutar o eco do clamor de incontáveis criaturas humanas torturadas e assassinadas, que nela ressoa. O apelo aos direitos humanos alimenta-se do ultraje dos humilhados pela violação de sua dignidade humana. Caso isso forme um ponto de partida histórico, deve ser possível rastrear traços de uma conexão conceitual entre dignidade humana e direitos humanos a partir dos primeiros desenvolvimentos do Direito. Assim, nos colocamos em face da questão sobre se “dignidade humana” significa um conceito substantivo do qual os direitos humanos podem ser deduzidos especificando as condições pelas quais a dignidade humana é violada; ou se a expressão meramente proporciona uma fórmula vazia que sumariza um catálogo de direitos humanos individuais e não relacionados¹⁷ (HABERMAS, 2010, p. 466)

¹⁷ Tradução livre de: “Human rights have always been the product of resistance to despotism, oppression, and humiliation. Today nobody can utter these venerable articles—for example, the proposition “No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment” (Article 5 of the Universal Declaration)—without hearing the echo of the outcry of countless tortured and murdered human creatures that resonates in them. The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their

Segundo Habermas, há algumas razões jurídicas que apontam no sentido de que a “dignidade humana” não é meramente uma expressão classificatória que ordena em si uma multiplicidade de fenômenos desconexos, mas a “fonte moral” da qual todos os direitos fundamentais derivam seus significados. Os direitos fundamentais, em função de seu caráter abstrato, precisam ser clarificados em cada caso concreto e estão sujeitos a serem interpretados de modo distinto conforme o contexto: por causa dessa abstração, o recurso aos conceitos abstratos em que se expressam os direitos fundamentais facilita a negociação de compromissos políticos – pois todos são capazes de concordar com a centralidade do respeito à igualdade e à liberdade em uma comunidade política, por exemplo, antes que o conteúdo desses direitos seja colocado como objeto de disputa em contextos concretos. Para Habermas, o sentido jurídico da dignidade humana *não se exaure* nessa função de disfarçar diferenças mais profundas, pois ela não explica a tardia emergência da dignidade humana *enquanto conceito jurídico* (2010, p. 467). As mudanças históricas meramente nos teriam feito conscientes da substância normativa da igual dignidade de todos os seres humanos, que estava inscrita nos direitos humanos desde o princípio.

Novamente, a despeito da “conexão conceitual” entre um conceito substantivo de dignidade humana e os direitos humanos, a clarificação do conteúdo desses direitos humanos é colocada como um produto histórico de discriminações concretas: a consciência empírica do que significa ser humilhado e profundamente violado (de experiências de discriminação em função de sexo, religião, procedência, raça, sexualidade, etc.) força sua entrada no Direito, fazendo emergirem diferentes aspectos da dignidade humana no discurso jurídico, que proporcionam uma maior exaustão do sistema de direitos (2010, p. 468). Nos casos em que há colisão aparente entre direitos fundamentais de diferentes titulares, o conceito de dignidade humana possibilita uma decisão fundamentada, pois sua violação ganha prioridade absoluta no discurso jurídico – de tal forma que a dignidade humana, nesses casos, funciona como um sismógrafo que registra o que é *constitutivo* para determinada ordem jurídica, ou seja, quais são os direitos humanos que conferem aos indivíduos o status de cidadãos que, na qualidade de sujeitos de iguais direitos, têm a pretensão de serem respeitados em sua dignidade (2010, p. 469). A dignidade humana, em suma, mesmo despida dos contornos metafísicos e sacros com

human dignity. If this forms the historical starting point, traces of a conceptual connection between human dignity and human rights should be evident from early on in the development of law itself. Thus we face the question of whether “human dignity” signifies a substantive normative concept from which human rights can be deduced by specifying the conditions under which human dignity is violated. Or does the expression merely provide an empty formula that summarizes a catalogue of individual, unrelated human rights?”

que a expressão foi originalmente cunhada – em referência a direitos “naturais”, “inerentes ao humano” ou “inalienáveis”, predicados que devem ser lidos, num estado laico, como indicadores de uma *justificação cuja validade é amplamente aceita e cuja dimensão epistêmica se coloca para além do controle do Estado* –,

forma o “portal” através do qual a substância igualitária e universal da moral é importada para o Direito. A ideia de dignidade humana é a dobradiça conceitual que conecta a *moralidade* do igual respeito para com todos com o direito positivo e com o processo legislativo democrático, de tal forma que a interação de ambos proporcione o surgimento de uma ordem política fundada nos direitos humanos. [...] Direitos humanos exibem uma face de Janus simultaneamente voltada para o direito e para a moralidade [...], eles têm a *forma* de direitos subjetivos adjudicáveis que garantem liberdades e pretensões específicas. Direitos humanos são desenhados para serem clarificados em termos concretos no processo legislativo democrático, para serem *especificados* caso a caso pela atividade jurisdicional e para serem *adjudicados e cumpridos* em casos de violação. Assim, os direitos humanos circunscrevem precisamente aquela parte [...] da moralidade que *pode* ser traduzida para o *medium* do direito coercitivo e se tornar realidade política na forma robusta de direitos efetivos¹⁸ (HABERMAS, 2010, p. 469).

A “ponte” estabelecida pela dignidade humana entre o direito e a moral é explicada pela diferença entre o modo particular com que o conceito se expressa enquanto um conceito jurídico e enquanto um conceito moral. Tanto as doutrinas do direito racional quanto as doutrinas morais baseadas na razão compartilham os conceitos de autonomia individual e de igual respeito a todos, e essa fundação comum entre moralidade e direito pode ocultar uma diferença fundamental: a moralidade estabelece os deveres de um em relação aos demais, ao passo em que o direito moderno está fundado no estabelecimento de *esferas privadas de ação, de direitos subjetivos*, ao invés de obrigações (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, cf. art. 5º, II, CRFB). Em uma *relação moral* arquetípica, uma pessoa se pergunta pelos seus deveres em relação à outra independentemente da relação social preexistente entre ambas, ao passo em que as partes *relação jurídica* reconhecem *deveres jurídicos* apenas na medida em que a estes deveres corresponda uma *pretensão* da outra parte, um direito cuja satisfação forçada pode ser demandada

¹⁸ Tradução livre de “human dignity forms the ‘portal’ through which the egalitarian and universalistic substance of morality is imported into law. The idea of human dignity is the conceptual hinge that connects the *moral* of equal respect for everyone with positive law and democratic lawmaking in such a way that their interplay can give rise to a political order founded upon human rights. [...] Human rights exhibit a Janus face turned simultaneously to morality and to law [...], they have the *form* of enforceable subjective rights that grants specific liberties and claims. They are designed to be *spelled out in concrete terms* through democratic legislation, to be *specified* from case to case in adjudication, and to be *enforced* in cases of violation. Thus, human rights circumscribe precisely that part [...] of morality which *can* be translated into the medium of coercive law and become political reality in the robust shape of effective civil rights”.

jurisdicionalmente. A obrigação moral é uma obrigação internalizada, ao passo em que a obrigação jurídica é atualizada pela *pretensão*, garantida pela ordem jurídica, para a satisfação de direitos legais ou contratuais. Habermas exemplifica essa diferença central a partir do exemplo hipotético de uma pessoa vítima de tortura que se coloca, nessa qualidade, como fonte de pretensões normativas morais e jurídicas violadas pelo ato: a violação de normas morais é suficiente para afetar negativamente a consciência do ofensor, ao passo em que a relação jurídica objetivamente violada permanece latente até que uma pretensão jurídica seja avançada pelo ofendido (2010, p. 471–2). A transição da moralidade para o direito implica uma mudança de perspectiva, de “expectativas simetricamente entrelaçadas de respeito e estima pela *autonomia do outro* para o levantamento de pretensões pelo reconhecimento *da autonomia de um pelo outro*”¹⁹ (HABERMAS, 2010, p. 472).

Habermas afirma que o conceito de dignidade originalmente estava relacionado com a honra, com o status social de pertencimento a um grupo hierarquicamente privilegiado de uma sociedade tradicional dividida em estamentos. Quando essas “dignidades dependentes de status” convescem na dignidade universal do ser humano enquanto tal, essa nova dignidade abstrata repele os caracteres particularistas de um *ethos* compartilhado, mas, ao mesmo tempo, “a dignidade universalizada que se acumula igualmente em todas as pessoas preserva a conotação de um *autorrespeito* que depende de *reconhecimento social*”²⁰ (HABERMAS, 2010, p. 472). A dignidade humana é, para Habermas, em primeiro lugar uma dignidade social, que demanda filiação numa comunidade organizada no tempo e no espaço – havendo, assim, uma conexão implícita entre o conteúdo moral de uma dignidade que demanda igual respeito a todos e o conteúdo jurídico de uma dignidade humana que cobra o reconhecimento recíproco de cidadania por todos os iguais sujeitos de direitos em uma comunidade política. Habermas retoma a ideia de equiprimordialidade entre soberania popular e direitos humanos para afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade humana não é um dado anterior ao sistema político, mas está associado com o status de cidadania assumido pelos indivíduos numa ordem política autoestabelecida ao redor de direitos humanos que a possibilitam. Se para os romanos a dignidade (*dignitas*) estava associada com o prestígio dos estadistas e burocratas “dignatários” de servir à *res pública*, há um processo de universalização a partir do qual a todos os cidadãos é garantido igualmente o mais alto nível de pertencimento a uma comunidade política – um

¹⁹ Tradução livre de “from symmetrically intertwined perspectives of respect and esteem for the autonomy of the other to raising claims to recognition for one’s own autonomy by the other” (grifos no original).

²⁰ Tradução livre de “the universalized dignity that accrues to all persons equally preserves the connotation of a self-respect that depends on social recognition” (grifos no original).

processo que é precedido pela individualização da dignidade (que não é mais referida unicamente ao *status* superior dos “seres humanos” como um todo em relação aos demais seres, ou inferior em relação a Deus, mas ao valor absoluto de cada ser humano inclusive em suas relações horizontais). Essa universalização e individualização da dignidade – que passa pelas discussões medievais a partir das quais o indivíduo se liberta de um conjunto fechado de normas sociais, na medida em que deve encarar o Juízo Final como uma pessoa única e insubstituível – encontra, para Habermas, sua máxima expressão no conceito deontológico de autonomia de Kant, mas ao preço de dar à autonomia no “reino dos fins” um status descorporificado (2010, p. 474).

A formulação do imperativo categórico é o elemento mais revolucionário da filosofia moral kantiana: contra a visão de seus antecessores na filosofia prática, Kant sustenta que os imperativos morais mais fundamentais da razão prática assumem a forma não de imperativos hipotéticos – imperativos para atingir uma finalidade previamente dada – mas imperativos categóricos, que não se referem a uma prévia noção de bem a ser alcançada, mas à pura razão prática enquanto tal (ENGSTROM, 2009, p. ix). Há em Kant um único imperativo categórico – uma única norma de ação, da qual derivam todos os demais imperativos de conduta, objetivamente necessária por si só, sem que seja ela própria um meio para atingir qualquer outra finalidade: o dever de agir de tal forma que a máxima da ação (o princípio subjetivo que guia a ação) possa, ao mesmo tempo, se tornar uma lei universal (KANT, 1998b, p. 31). As demais formulações do imperativo categórico são variações desse imperativo de universalização da máxima da ação.

Em Kant a vontade é entendida como a capacidade de determinar a conduta em conformidade com a representação de determinadas leis – capacidade que só pode ser encontrada nos seres racionais. As coisas possuem um preço, sempre relativo à medida com que se colocam como objeto das inclinações humanas; as pessoas, ao contrário, na medida em que possuem vontade, não podem, segundo o critério da universalização da máxima de ação, jamais serem consideradas como simples *meios* para a satisfação das inclinações humanas, mas devem ser sempre simultaneamente consideradas como *fins em si mesmas*: é a própria existência de outras pessoas o que se coloca como parâmetro objetivo ao juízo reflexivo acerca da potencial universalização da máxima da ação adotada (KANT, 1998b, p. 37). Em outras palavras, o parâmetro objetivo para aferição da universalidade de uma máxima de ação é a existência de outras pessoas, com igual capacidade de autodeterminar suas condutas, que devem ser *pressupostas* enquanto tais para a formulação do juízo de ação em primeiro lugar: por mais

que as outras pessoas possam se colocar como objeto das inclinações humanas, *elas nunca podem se colocar exclusivamente como objeto das inclinações humanas*, pois uma máxima de ação só é universalizável se essas pessoas, enquanto igualmente autônomas, foram levadas em consideração como um fim em si mesmas, ainda que de modo hipotético, no juízo racional que determina a validade da ação conforme uma lei universal. Uma pessoa nunca pode ser exclusivamente um meio para finalidades outras porque uma pessoa *limita todas as escolhas*, é sempre ao mesmo tempo *um fim*, é um *objeto de respeito*. Cada pessoa, para Kant, contempla sua própria existência como um fim em si mesmo; a partir do momento em que essa percepção é generalizada a todas as pessoas, ela deixa de ser um princípio subjetivo de ação e se torna um princípio *objetivo* do qual devem ser derivadas todas as leis da vontade – do que resulta a segunda formulação do imperativo categórico: o dever de agir de tal forma que se “use a humanidade, seja na sua própria pessoa, quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como um meio”²¹ (KANT, 1998b, p. 38).

A dignidade humana em Kant deriva do conceito de autonomia, da pretensão de respeito pelo domínio inviolável de autolegislação moral de cada ser humano, mas o conceito não adquire importância sistemática porque o fardo de justificação é conduzido pela própria explicação filosófica desse conceito de autonomia (HABERMAS, 2010, p. 474). A questão é que a autonomia – e, por consequência, a dignidade humana – tem em Kant um “status descorporificado”, insubstancial, verdadeiramente formal²², porque referida ao reino transcendental “dos fins”, cuja existência ideal depende da abstração de todas as diferenças entre os seres racionais e de todo o conteúdo privado das finalidades por eles perseguidas, para a coexistência da autonomia de todos segundo uma lei universal:

Por um reino compreendo a união sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns. Como leis determinam fins nos termos de sua própria validade universal, se nós abstrairmos das diferenças pessoais entre seres

²¹ Tradução livre de: “So act that you use humanity, whether in your own person or in the person of any other, always at the same time as an end, never merely as a means”.

²² Sobre o caráter “formal” da autonomia em Kant, conforme a síntese de Charles Taylor: “Kant argues that the moral law must be binding *a priori*; and this means that it cannot depend on the particular nature of the objects we desire or the actions we project, but must be purely formal. A formally necessary law, that is, one whose contradictory is self-contradictory, is binding on a rational will. The argument that Kant uses here has been much disputed, and it appears rightly; the Kantian appeal to formal laws which would nevertheless give a determinate answer to the question of what we ought to do has always seemed a little like squaring the circle. But the exciting kernel of this moral philosophy, which has been immensely influential, is the radical notion of freedom. In being determined by a purely formal law, binding on me simply *qua* rational will, I declare my independence, as it were, from all natural considerations and motives and from the natural causality which rules them. 'Such independence, however, is called *freedom* in the strictest, i.e. transcendental, sense' (*Critique of Practical Reason*, bk I, sect. 5). I am free in a radical sense, self-determining not as a natural being, but as a pure, moral will” (TAYLOR, 1979, p. 4).

racionais, bem como de todo conteúdo de seus fins privados, poderemos pensar num completo de todos os fins em sistemática conexão (um todo composto ambos de seres racionais como fins em si mesmos e de fins que eles podem estabelecer por si próprios), isto é, um reino dos fins. [...] Para tanto, todos os seres racionais permanecem sob a mesma lei de que cada um deles deve tratar a si próprio e aos demais nunca meramente como meios, mas sempre ao mesmo tempo como fins em si mesmos. Ali surge uma união sistemática de seres racionais através de leis comuns e objetivas, isto é, um reino, que pode ser chamado de reino dos fins (confessadamente, apenas um ideal) porque essas leis têm como propósito apenas o relacionamento recíproco desses seres como fins e como meios (KANT, 1998b, p. 41)²³.

A autonomia em Kant é um conceito deontológico porque ela não consiste na ausência de obstáculos externos, de oposição física à agência do indivíduo, como num conceito de liberdade negativa; só é livre a ação que se mostra reflexivamente compatível com a liberdade de todos segundo uma máxima ordenada pela razão. Em outras palavras, a liberdade pressupõe a execução de um juízo racional acerca do *dever moral* de tratar todos os demais sujeitos como autônomos do mesmo modo que o sujeito espera ser tratado, para que a ação reflita interesses e valores generalizáveis. A moralidade, assim, se refere à vontade (à capacidade de autolegislação), que constitui um dever – a necessidade prática de, nos termos da terceira formulação do imperativo categórico, agir apenas “de tal forma que a vontade possa encarar a si mesma como ao mesmo tempo estabelecendo uma lei universal através de sua máxima” (KANT, 1998b, p. 42)²⁴. Esse dever não decorre de sentimentos, impulsos ou inclinações, mas da inter-relação entre seres racionais em si mesma, da *dignidade* dos seres racionais, que só obedecem às leis que eles próprios estabelecem na medida em que essas leis são compatíveis com a própria vontade e a vontade de todos os demais seres racionais. A moralidade é em Kant a condição de possibilidade para que um ser racional seja um fim em si mesmo, porque permite que o ser racional ocupe a posição de legislador no reino dos fins, promovendo a compatibilização da vontade de todos numa lei universal a que ele próprio se submete: quem não trata o outro como fim em si mesmo, tampouco assim, no reino dos fins, trata a si próprio.

²³ Tradução livre de: “By a kingdom I understand a systematic union of various rational beings through common laws. Now since laws determine ends in terms of their universal validity, if we abstract from the personal differences of rational beings as well as from all the content of their private ends we shall be able to think of a whole of all ends in systematic connection (a whole both of rational beings as ends in themselves and of the ends of his own that each may set himself), that is, a kingdom of ends [...]. For, all rational beings stand under the law that each of them is to treat himself and all others never merely as means but always at the same time as ends in themselves. But from this there arises a systematic union of rational beings through common objective laws, that is, a kingdom, which can be called a kingdom of ends (admittedly only an ideal) because what these laws have as their purpose is just the relation of these beings to one another as ends and means”.

²⁴ Tradução livre de: “so that the will could regard itself as at the same time giving universal law through its maxim”.

Dessa forma, a atividade autolegislatória, que possibilita que o homem trate a si mesmo e a toda a humanidade enquanto fim em si mesmo, é o fundamento da dignidade humana:

No reino dos fins, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. Aquilo que tem um preço pode ser substituído por outra coisa *equivalente*; o que, por outro lado, é elevado acima de qualquer preço e, dessa forma, não admite nenhum equivalente tem uma dignidade [...]. Nada pode ter um valor outro senão aquele determinado para ele pela lei [universal]. A atividade legislatória em si, que determina todo o valor, deve por essa mesma razão ter uma dignidade, isto é, um valor incondicional, incomparável; e a palavra *respeito* por si só proporciona uma expressão elegante pela estima por essa dignidade que todo ser racional deve guardar. A *autonomia* é, assim, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional (KANT, 1998b, p. 42–3)²⁵.

O conceito de dignidade, dessa forma, completa seu processo de individualização, universalização e, agora, dessacralização. A dignidade do homem decorre de sua autonomia, de sua capacidade de autodeterminar sua conduta, colocando-se como legislador universal no reino dos fins. A autonomia em Kant é um conceito incorpóreo porque ele pressupõe a abstração de toda e qualquer diferença individual concreta, em nome de uma autonomia apenas efetiva no plano puramente ideal e abstrato da compatibilização de todas as vontades de seres racionais que não são considerados em sua concretude histórica, a partir de suas diferenças, mas tão somente em sua absoluta e hipotética identidade enquanto seres racionais.

A introdução dos direitos humanos em Kant está baseada nessa concepção universalista e individualista de dignidade humana. Há, em Kant, um único direito inato: a “*liberdade* (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes” (2003, p. 83)²⁶. A questão é que, para Habermas, a dignidade humana, nesses termos,

é assimilada a uma liberdade inteligível para além do espaço e do tempo, perdendo precisamente as únicas conotações de status que a qualificam como a conexão conceitual entre moralidade e direitos humanos. Assim, o propósito do *caráter jurídico* dos direitos humanos é perdido, a saber, que eles protegem uma dignidade humana que deriva suas conotações do autorrespeito e do

²⁵ Tradução livre de: “In the kingdom of ends everything has either a price or a *dignity*. What has a price can be replaced by something else as its *equivalent*, what on the other hand is raised above all price and therefore admits of no equivalent has a dignity [...]. For, nothing can have a worth other than that which the [universal] law determines for it. But the lawgiving itself, which determines all worth, must for that very reason have a dignity, that is, an unconditional, incomparable worth; and the word *respect* alone provides a becoming expression for the estimate of it that a rational being must give. *Autonomy* is therefore the ground of the dignity of human nature and of every rational nature”.

²⁶ Na tradução para o inglês: “Freedom (independence from being constrained by another's choice), insofar as it can coexist with the freedom of every other in accordance with a universal law, is the only original right belonging to every man by virtue of his humanity” (KANT, 1991, p. 63).

reconhecimento social de um status no espaço e no tempo – aquele da cidadania democrática (2010, p. 475)²⁷

Direitos humanos promovem direitos obrigatórios no interior de determinada comunidade política, ao passo em que estão conectados com uma pretensão de validade universal que aponta para além das fronteiras nacionais. Assim, uma tensão entre direitos humanos e direitos civis estabelecidos no Estado engatilha uma dinâmica de reforço mútuo – que não é, evidentemente, uma dinâmica auto-impulsionada, mas é uma dinâmica que se alimenta da tensão entre exclusão e inclusão, acionada e impulsionada pela atuação de movimentos sociais e de lutas políticas em resistência à opressão e à degradação (HABERMAS, 2010, p. 476). A “utopia realista” dos direitos humanos, apontada por Habermas, consiste no fato de que a tradução dos direitos humanos em direito positivo fez surgir uma obrigação jurídica de efetivação das exigências morais de igual respeito, com base nos standards normativos construídos a partir de sucessivas gerações de lutas contra a miséria, a humilhação e a violação da dignidade humana, que ficaram gravadas na memória coletiva da humanidade; os direitos humanos constituem uma “utopia realista” na medida em que eles “não ilustram imagens enganosas de uma utopia social asseguradora da felicidade coletiva, mas ancoram o ideal de uma sociedade justa nas próprias instituições dos estados constitucionais”²⁸ (2010, p. 476).

A questão sobre se a dignidade humana é um conceito substantivo nos termos propugnados por Habermas – carregando a pretensão por reconhecimento do pertencimento dos sujeitos individuais e coletivos em igualdade no interior de uma comunidade política – é menos relevante para o presente trabalho do que a descrição do modo com que os direitos humanos possibilitam a inserção no direito positivo de uma tensão produtiva, *que é operacionalizada ao longo da história*, entre um direito nacional que pode se tornar fonte de violações à dignidade humana e lutas por reconhecimento, por parte de sujeitos violados, de sua pretensão à igual dignidade numa comunidade democrática, munidas do poder coercitivo de um direito cuja legitimidade repousa, em última instância, do próprio reconhecimento desses sujeitos enquanto tais. Habermas critica a noção de dignidade humana em Kant porque, embora ela seja a

²⁷ Tradução livre de: “[Human dignity] is assimilated to an intelligible freedom beyond space and time, and loses precisely those connotations of status that only qualify it as the conceptual link between morality and human rights. Thus, the point of the *legal character* of human rights gets lost, namely, that they protect a human dignity that derives its connotations of self-respect and social recognition from a status in space and time – that of democratic citizenship.” (grifos no original).

²⁸ Tradução livre de: “Human rights constitute a realistic utopia insofar as they no longer paint deceptive images of a social utopia that guarantees collective happiness but anchor the ideal of a just society in the institutions of constitutional states themselves”.

expressão máxima do processo através do qual o conceito ganha seus atuais contornos de universalidade, individualidade e secularização, em função de seu caráter “descorporificado”, a dignidade humana é abstraída de seu caractere mais fundamental: a pretensão de reconhecimento *social* de igual status de autonomia numa comunidade concreta, localizada no espaço e no tempo. Há, aqui, uma movimentação de Kant a Hegel que é fundamental para a adequada compreensão do modo com que a liberdade se *efetiva* em comunidades concretas e do papel do direito na efetivação dessa liberdade²⁹.

Direito, nos “Princípios da Filosofia do Direito” de Hegel (1991), designa o espírito objetivo, não o direito em uma acepção mais estrita – que “é chamado de direito abstrato e consiste no primeiro momento do espírito objetivo”, sendo o seu segundo momento a moralidade (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 19). Os aspectos formais e abstratos da subjetividade desenvolvidos no direito abstrato e na moralidade só encontram concretude no terceiro momento do espírito objetivo, que é a eticidade ou a vida ética – “espaço onde se situam as relações sociais e intersubjetivas, no interior das quais os indivíduos se reconhecem mutuamente, na esfera das relações familiares, comerciais e jurídicas, das associações públicas e privadas, das nações e dos Estados, com sua cultura e história” (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 19). Hegel quis entender por “direito” não apenas a regulação coercitiva da vida em comum pelo Estado (que, como citado, chamou de “direito abstrato”), mas incluiu no conceito todos os pressupostos sociais necessários para a realização da “vontade livre” de cada sujeito individual; embora a filosofia do direito de Hegel tenha um escopo muito mais amplo do que o que usualmente se entende pelo objeto da “filosofia do direito” em sentido estrito (tanto em 1820, data da primeira publicação do livro, quanto nos dias atuais), a escolha do título chama atenção, segundo Honneth, para o fato de que o trabalho se voltou conscientemente para elementos normativos, pois a categoria “direito” convoca argumentos racionais para a fundamentação da legitimidade das “pretensões de existência” de todas essas distintas esferas sociais (HONNETH, 2007, p. 64–7). A pretensão de Hegel em sua filosofia do direito é o desenvolvimento de princípios universais de justiça a partir da justificação das condições

²⁹ Mesmo que Axel Honneth defina a teoria habermasiana em “Direito e Democracia” como uma teoria da justiça (HONNETH, 2009a, p. 363), não concordo com a afirmação, amparada na análise do texto habermasiano sobre a dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos, de que Habermas “deixa claro que identifica o Direito como o lugar de realização da justiça” (MACHADO; NEGRI, 2011, p. 194, grifei). Desde Facticidade e Validade, a preocupação central da teoria habermasiana do direito me parece ser a questão da legitimidade democrática, não a elaboração *direta* de uma teoria da justiça. O direito em Habermas é evidentemente lócus de realização da justiça política, mas o foco no direito me parece antes consequência dos propósitos sistemáticos que a teoria coloca a si própria do que uma fé equivocada na capacidade do direito de mediar todos os aspectos da justiça.

sociais, institucionais, em que os indivíduos podem encontrar, na liberdade dos demais, a condição de possibilidade de efetivação da sua própria liberdade (HONNETH, 2007, p. 68).

Para além do direito abstrato e da moralidade, a vida ética é o terceiro momento do espírito objetivo, e compõe-se, por sua vez, também de três momentos. Os dois primeiros momentos da vida ética são a família – composta por relações privadas marcadas pelo amor – e a sociedade civil – sistema de necessidades em que os indivíduos satisfazem suas carências mutuamente dependentes do trabalho dos outros (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 20). Ambos os momentos são realizações deficientes da vida ética: a família, ainda que carregue consigo uma dimensão comunitária que a aproxima mais do ideal ético do que a sociedade civil, está baseada “numa imediatividade que se finca muito mais em uniões emocionais do que em uniões fundadas na razão”; como universalidade abstrata, a família “é negada pela sociedade civil, expressão da particularidade dos interesses privados que se relacionam e competem entre si através de uma estrutura contratual”; essa primeira negação, por fim, será novamente negada, e a “mediação da universalidade abstrata da família pela particularidade da sociedade civil resultará na universalidade concreta, ou na singularidade, de um terceiro momento da eticidade: o Estado” (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 20). “A vida ética é o momento do espírito objetivo em que a liberdade é efetivada [e] o Estado é, no interior da eticidade, o momento em que ela mais se concretiza”, pois o Estado “realiza concomitantemente os interesses universais da comunidade e os interesses particulares dos indivíduos, [...] é nele que ambos os interesses coincidem” (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 20–21).

A máxima efetivação da liberdade, a verdadeira liberdade, se encontra, assim, no Estado, não na sociedade civil. Hegel, no entanto, não suprime o indivíduo no Estado; o Estado, como realização da vida ética, afirma uma liberdade que só pode ser verdadeira se a vontade *do* Estado coincidir com a vontade *no* Estado; a vontade dos indivíduos e a vontade do Estado devem “coincidir, no nível da idealidade do conceito, na medida em que ambas sejam a expressão, objetiva e subjetiva, respectivamente, da mesma vontade racional do absoluto manifestando-se como espírito” (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 21). A liberdade do absoluto é a expressão da verdadeira liberdade, e “a liberdade individual, para ser também verdadeira, deve conciliar-se com a liberdade do absoluto”; para isso, “precisa ser uma liberdade, por um lado, racional, pois o absoluto é razão; e deve também encontrar-se objetivada, pois o absoluto só se realiza plenamente como mediação final do espírito subjetivo e do espírito objetivo no espírito absoluto” (CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES, 2013, p. 17).

Para Axel Honneth, o ponto de partida de Hegel para desenvolver sua concepção própria de liberdade é uma crítica às ideias de liberdade que, em seus aspectos essenciais, se assemelham às noções de liberdade negativa – para a qual o tipo de propósitos do sujeito nada diz acerca da existência da liberdade, que fracassam ao não conceber o conteúdo do atuar livre em si mesmo (não alcançam a subjetividade do indivíduo) – e de liberdade reflexiva – que incluem a motivação do sujeito no conceito de liberdade (seja a partir de uma diferenciação entre ações autônomas e heterônomas, seja a partir de uma interpretação da liberdade como produto de um processo autodeterminação racional), mas que, independentemente dessa inclusão, ainda têm carências, uma vez que ainda contrastam a ação que se pensa livre em seu conteúdo com a realidade objetiva, que é concebida como heterônoma (em outras palavras, são concepções de liberdade que não se estendem à esfera da objetividade) (HONNETH, 2014, p. 14–25; 64–96). O desejo de liberdade deixa de constituir um elemento da experiência puramente subjetiva no momento em que o sujeito se encontra com outros sujeitos concretos cujos objetivos se comportam de maneira complementar com os do primeiro – não sujeitos meramente pressupostos reflexivamente na execução do discernimento, por parte desse sujeito, de que possui o dever moral de tratar aos demais como igualmente autônomos, como em Kant – e reconhecimento mútuo designa, em primeiro lugar, a experiência recíproca de se ver confirmado em desejos e metas da contraparte na medida em que a existência desses desejos e metas representa uma condição para a realização dos desejos e metas próprios; assim, sob a condição de que ambos os sujeitos reconheçam a necessidade de complementaridade recíproca de suas metas, se amplia a liberdade, de apenas reflexiva, para intersubjetiva (HONNETH, 2014, p. 64–8).

Para Honneth, Hegel termina o percurso de explicitação de um conceito social de liberdade estabelecendo o nexo da liberdade intersubjetiva com o conceito de instituição ou de meio. Hegel concebe, como condição social do reconhecimento da complementaridade de metas e desejos, a existência de práticas de comportamento normativizadas – as instituições do reconhecimento –, que proporcionam a garantia do entendimento recíproco e permitem que as metas individuais se encaixem objetivamente; dessa forma, como o desejo de liberdade só se realiza em instituições ou com a ajuda delas, o conceito intersubjetivo de liberdade se amplia a um conceito social, na medida em que, em última instância, o sujeito é livre apenas quando, no marco de práticas institucionais, se encontra com uma contraparte à qual o conecta uma relação de reconhecimento mútuo, porque pode ver nas metas dessa contraparte uma condição de realização das próprias metas (HONNETH, 2014, p. 68–72). Assim como Kant, Hegel acredita

que uma teoria normativa da sociedade deve tomar como pressuposto de análise o princípio da igual liberdade individual de todos os sujeitos; contra Kant, no entanto, Hegel observa que o conceito de autonomia individual deve incorporar, enquanto um elemento da própria noção de liberdade, o material sobre o qual os sujeitos exercem a autodeterminação reflexiva (HONNETH, 2007, p. 77): se a autodeterminação reflexiva é apenas um momento da liberdade, ainda incompleto na medida em que ninguém é livre sozinho ou entre outros sujeitos hipotéticos meramente pressupostos, as condições sociais e institucionais da efetiva expressão da vontade livre devem ser tomadas como parte do conteúdo da autonomia.

Assim, em Hegel, o direito abstrato, garantidor de uma esfera de liberdade negativa, e a moralidade, garantidora de um espaço reflexivo de autodeterminação consciente da vida do indivíduo, são momentos de realização da liberdade individual com espaço na concepção hegeliana abrangente de justiça – que, não obstante, são insuficientes, pois a verdadeira liberdade só se torna efetiva na intersubjetividade, no “estar consigo mesmo no outro”, no reconhecimento da liberdade de cada sujeito concreto reciprocamente pelos demais sujeitos enquanto condição de possibilidade da própria liberdade. A liberdade negativa do direito abstrato e a liberdade reflexiva da moralidade assumem um papel fulcral no processo de autorrealização individual, mas possuem limites, na medida em que insuficientes para institucionalizar as exigentes condições sociais sob as quais os indivíduos podem alcançar liberdade isenta de coerção, que só ocorre na intersubjetividade (HONNETH, 2007, p. 84–5).

A liberdade jurídica é importante na medida em que garante uma esfera de pretensões mutuamente reconhecidas para o acesso aos bens desejados; no entanto, o direito formal inclui os sujeitos de direitos apenas com um mínimo de personalidade, pois o direito garante apenas uma esfera de ação reciprocamente preservada contra qualquer ingerência dos demais sujeitos: a referência aqui é a uma liberdade “negativa” porque o conceito parte do limite (pode-se fazer o que o direito não proíbe), mas não há referência ao que os sujeitos estão *legitimados* a fazer ou ao que *efetivamente é possível que realizem* na sociedade. “O direito abstrato é então primeiramente apenas mera possibilidade e, nesse sentido, apenas algo formal em face de toda a extensão da relação” (HONNETH, 2007, p. 89). Mesmo em Kant, a mera liberdade jurídica nada diz sobre a motivação para a ação: ações conforme o direito não são diferenciadas entre autônomas e heterônomas, pois só são acessíveis na medida de sua expressão externalizada; no entanto, para Hegel, tampouco é suficiente o conceito de autodeterminação moral em sentido kantiano – em que vale como ação livre o resultado de uma autodeterminação individual –, pois aqui a liberdade é concebida apenas a partir do prisma da relação do sujeito consigo mesmo –

que, se é um momento importante da liberdade, nada diz acerca do momento de efetiva expressão institucional³⁰ da liberdade, que ocorre nas relações de reconhecimento recíproco e intersubjetivo entre sujeitos concretos.

A crítica de Habermas ao conceito de dignidade humana em Kant, baseado, por sua vez, em sua concepção de autonomia enquanto compatibilização racional das máximas de ação com a liberdade universal no reino dos fins, consiste no fato de que esse conceito de autonomia, por abstrair o caráter racional da ação de todo contexto, tira do conceito de dignidade humana precisamente suas conotações mais centrais: as de autorrespeito e do reconhecimento social do sujeito em uma comunidade específica, localizada no espaço e no tempo. À dignidade humana em sentido jurídico corresponde uma pretensão de reconhecimento da autonomia e de igual respeito que é sempre social. Se em Kant uma ação livre é aquela de acordo com o imperativo categórico, ou seja, aquela que resulta da aplicação de um princípio de universalização, a principal objeção de Hegel – que, segundo Honneth, ao longo da Filosofia do Direito aparece em diferentes formulações – é, a objeção relativa à cegueira diante do contexto. Hegel apresenta uma objeção à ideia de autonomia moral na medida em que

com sua ajuda não é possível reconstruir como um sujeito deve poder chegar a uma ação racional; pois, segundo a aplicação do imperativo categórico, a ação permanece sem orientação e “vazia”, uma vez que o sujeito não recorre a algumas prerrogativas normativas das práticas institucionalizadas de seu mundo circundante, que, em geral, informam o que deve valer como uma “boa razão”. [...] Enquanto abstrairmos o fato de que sempre nos movemos em um ambiente social no qual aspectos e pontos de vista morais já se encontram institucionalizados, a aplicação do imperativo categórico permanecerá ineficaz e vazia; mas se ao contrário aceitarmos a circunstância de que o ambiente social já sempre nos apresenta traços de deliberação moral, então o imperativo categórico perde sua função de fundamentação (HONNETH, 2007, p. 94).

Habermas, quando procede à reconstrução do sistema de direitos no capítulo III de “Direito e Democracia” (dos direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuírem mutuamente caso queiram regular legitimamente sua convivência através do direito, cf. (HABERMAS, 2003a, p. 153), uma vez que não quer antecipar, no nível da própria teoria, quais são esses direitos – sob pena de incorrer numa teoria *substancial* da democracia e, com isso, violar o postulado de equi-primordialidade entre autonomias pública e privada, delimitando conteúdos que só podem ser resolvidas pelos próprios sujeitos associados – termina

³⁰ Por institucional deve-se, novamente, entender mais do que o conceito de instituição política em sentido estrito, mas todas aquelas instituições sociais em que encontra expressão a liberdade: famílias, amizade, mercado, instituições políticas, etc.

introduzindo a questão de modo “abstrato”, fazendo uso da linguagem do contratualismo para descrever o sistema de direitos de modo apenas formal. Essa postulação, como já discutimos, possui um imenso potencial democrático, na medida em que a virada linguística na filosofia impõe o reconhecimento de que ninguém possui condições não interpretativas de validade: cabe à teoria “geral” do Direito e da Constituição, numa perspectiva reconstrutiva, clarificar quais são os elementos de racionalidade que os objetos sociais e políticos cobram internamente para que possam ter sentido e quais são as condições de possibilidade da construção e do exercício intersubjetivo da autonomia no Estado, sem, no entanto, pretender ocupar por si própria o lugar da cidadania. O marco teórico adotado no presente trabalho chama atenção para o fato de que o Direito Constitucional também é direito político: direitos fundamentais só ganham sentido na história, de tal forma que são repreensíveis perspectivas que buscam debater controvérsias jurídico-constitucionais complexas com pouco ou nenhum recurso à análise histórica de disputas políticas concretas, mas tão somente pretendendo deduzir da pura “técnica” do direito constitucional soluções supostamente subjacentes ao conteúdo valorativo essencial de uma democracia constitucional. O que falta, no entanto, é justamente a dimensão histórica do processo através do qual o Estado Democrático de Direito, e não outra forma de legitimação, se impôs ao longo do tempo. Essa dimensão, que já havia sido introduzida na resposta oferecida por Habermas às objeções de Michelman, em 2001, fica ainda mais fortalecida no texto de 2010 sobre a dignidade humana que analisamos.

Se a pergunta kantiana acerca das condições de possibilidade do conhecimento é reformulada, por Habermas, enquanto uma pergunta sobre as condições normativas de um entendimento possível, não há, por outro lado, uma analogia entre as ideias kantianas e os pressupostos contrafáticos da linguagem, mas mera genealogia (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007b, p. 81–3): o princípio “D” do discurso, neutro em relação à moral e ao direito (“são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”, cf. HABERMAS, 2003a, p. 142) tem um sentido normativo apenas na medida em que explicita o sentido linguístico da imparcialidade de juízos práticos; ao contrário das condições “numerais, necessárias e universais da experiência possível” em Kant, esse “ter que” exprime o sentido gramatical de uma “inevitabilidade” advinda das conexões conceituais internas do meio inescapavelmente linguístico de qualquer entendimento possível (HABERMAS, 2003c, p. 83–130). Habermas afirma não ser mais possível deduzir o princípio do direito do princípio da autonomia moral: o juízo moral acerca da universalidade das máximas de ação que constitui a autolegislação

moral em Kant compete ao sujeito, ao passo em que, com a virada linguística na filosofia, fica claro que o lócus da autolegislação política é inevitavelmente intersubjetivo: a obrigatoriedade das normas jurídicas remonta a decisões coletivamente vinculantes tomadas procedimentalmente em instâncias a cargo de configurar e interpretar o sistema de direitos fundamentais e humanos. Assim, o princípio da democracia é deduzido da interligação entre o princípio do discurso e a reconstrução, passo a passo, da gênese lógica de direitos, em que o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo se constituem de modo co-originário. Habermas introduz, formalmente e em abstrato, categorias de direitos que os indivíduos devem se atribuir reciprocamente caso queiram regular sua convivência pacificamente por meio do direito, porque eles constituem internamente o código jurídico enquanto tal e geram o *status das pessoas de direito*, sem o qual a autolegislação política não é possível: maior medida possível de iguais liberdades de ação; status de membro na comunidade política; possibilidade de postulação judicial de direitos e proteção jurídica individual; e direitos de participação em igualdade de chances nos processos de formação da vontade política (HABERMAS, 2003a, p. 157–9).

Conforme sugere o Professor Marcelo Cattoni, uma das maiores dificuldades presentes na teoria habermasiana do direito é a de sustentar a sua *plausibilidade histórica*, em função justamente do modo “abstrato” com que a questão do sistema de direitos é introduzida: a pretensão *reconstrutiva* da teoria habermasiana é fragilizada pelo abuso da linguagem do contratualismo – que, em sua referência a um estado de natureza hipotético, falseia a discussão, impossibilitando perceber “os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais como uma exigência que se coloca na história como processo de aprendizado” (2013, p. 130–2). Habermas já havia sugerido, no próprio capítulo em que introduz o sistema de direitos, que esse sistema não é um dado preliminar ao legislador constitucional, como um direito natural. A introdução teórica “abstrata” de direitos fundamentais é assumida como um artifício, pois não existe um sistema de direitos em estado de pureza transcendental: todo sistema se apoia em interpretações desenvolvidas na história (2003a, p. 166). “A questão é: por que, então, não partir da própria história?” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 131).

Habermas dá um passo decisivo nesse sentido em 2001, refutando as críticas de Michelman no sentido de que a prática constituinte não poderia ser reconstruída nos termos da teoria do discurso, uma vez que um processo verdadeiramente democrático seria, inescapavelmente, um processo legalmente constituído e condicionado, de tal forma que a própria Assembleia Constituinte não poderia assegurar a legitimidade das regras de acordo com

as quais foi constituída – o que geraria uma cadeia de presunção de legitimidade que remeteria ao infinito (HABERMAS, 2001, p. 775–6). Ao invés de buscar um fundamento moral último para as instituições democráticas, pretensamente capaz de paralisar o regresso ao infinito com o realismo moral de uma solução definitiva supostamente objetiva, Habermas propõe que o próprio regresso seja entendido como expressão do caráter aberto ao futuro e insaturável do constitucionalismo democrático:

Do meu ponto de vista, uma constituição que é democrática – não apenas quanto ao seu conteúdo, mas também quanto à sua fonte de legitimação – é um projeto de construção de uma tradição com um marco inicial claramente delimitado. Todas as gerações seguintes têm o dever de atualizar a substância normativa insaturável do sistema de direitos formulado no documento original da Constituição. De acordo com essa compreensão dinâmica da Constituição, a legislação em andamento dá continuidade ao sistema de direitos, interpretando e adaptando os direitos às circunstâncias presentes (2001, p. 774)³¹.

Dessa forma, Habermas sugere que o projeto constitucional de um Estado Democrático de Direito não trabalha o problema da legitimidade de maneira ontológica e estática, mas como continuada legitimação, proveniente da contínua apropriação crítica do projeto constitucional pelas gerações seguintes, que integram a prática compartilhada de dar sentido racional aos princípios constitucionais, em um processo de aprendizado social capaz de corrigir a si próprio:

A interpretação da história constitucional como um processo de aprendizado está, é claro, predicada no pressuposto nada trivial de que as gerações seguintes vão partir dos mesmos padrões normativos dos quais partiram os fundadores. Qualquer um que baseie seu julgamento hoje nas expectativas normativas de completa inclusão e mútuo reconhecimento, assim como nas expectativas de iguais oportunidades de acesso a iguais direitos, deve assumir que pode encontrar esses padrões pela apropriação reflexiva da Constituição e de sua história de interpretação. [...] O vínculo unificador consiste na *prática compartilhada* a que nós temos que recorrer quando nos empenhamos em alcançar uma compreensão racional do texto da Constituição. O fato de que o ato de promulgação de uma Constituição é vivido como um ponto decisivo da história de um país não é acidental, porque com esse ato os fundamentos para uma prática relativamente nova na história mundial são estabelecidos. O sentido performativo dessa prática – uma prática destinada a criar uma comunidade autodeterminada de cidadãos livres e iguais – é simplesmente enunciado nas palavras da Constituição. Esse sentido continua dependente de uma explicação em permanente andamento, levada a cabo no processo de

³¹ Tradução livre de: “in my view, a constitution that is democratic – not just in its content but also according to its source of legitimation – is a tradition-building project with a clearly marked beginning in time. All the later generations have the task of actualizing the still-untapped normative substance of the system of rights laid down in the original document of the constitution. According to this dynamic understanding of the constitution, ongoing legislation carries on the system of rights by interpreting and adapting rights for current circumstances”.

aplicação, interpretação e suplementação das normas constitucionais (2001, p. 775)³².

No texto de Habermas sobre a utopia realista dos direitos humanos, publicado em 2010, os direitos humanos, deduzidos da dignidade humana, não são mais fundamentados tendo por referência sua necessidade conceitual e formal, decorrente do princípio do discurso e implícita à regulação intersubjetiva de conflitos de ação por intermédio do direito positivo – na medida em que o próprio emprego da forma jurídica para o exercício da autonomia pública impinge conceitualmente a que os sujeitos politicamente associados regulem sua convivência enquanto *sujeitos de direitos*. A dimensão histórica dos direitos humanos tampouco é vista apenas em sua dimensão de abertura ao futuro, como na réplica a Michelman – em que a impossibilidade de demonstração cabal da legitimidade das normas que constituíram a própria assembleia constituinte resulta irrelevante diante do fato de que o constitucionalismo democrático é um processo de aprendizado que se projeta no tempo histórico, sujeito a tropeços, mas capaz de se autocorrigir. Os direitos humanos são agora fundamentados no processo histórico progressivo a partir do qual a noção de dignidade, originalmente referida ao reconhecimento social decorrente do pertencimento em grupos hierarquicamente privilegiados de sociedades estamentais, é universalizada, generalizada e individualizada, preservando a conotação de um *autorrespeito* que depende de *reconhecimento social*.

A dignidade humana possui um conteúdo substantivo, *não um conteúdo essencial*: o conceito de dignidade humana traduz a história de lutas por reconhecimento, que alimentam substantivamente o conceito a partir das experiências históricas de violação, humilhação e opressão. O conceito serve como uma mediação entre lutas por reconhecimento e o direito positivo: Direitos Humanos têm a forma de direitos subjetivos adjudicáveis que garantem liberdades; a partir deles, a consciência empírica do que significa ser violado, privado de direitos e degradado (de experiências de violência e de discriminação em função de sexo, religião, procedência, raça, sexualidade, etc.) força sua entrada no Direito, fazendo emergirem

³² Tradução livre de: “Of course, the interpretation of constitutional history as a learning process is predicated on the nontrivial assumption that the later generations will start with the same standards as did the founders. Whoever bases her judgment today on the normative expectation of complete inclusion and mutual recognition, as well as on the expectation of equal opportunities for utilizing equal rights, must assume that she can find these standards by reasonably appropriating the constitution and its history of interpretation. [...] The unifying bond thus consists of the *shared* practice to which we have recourse when we endeavor to arrive at a rational understanding of the text of the constitution. It is no accident that the founding constitutional act is experienced as a decisive point in the nation’s history, because with this act the grounds for a world-historically new kind of practice have been established. The performative meaning of this practice – a practice meant to bring forth a self-determining community of free and equal citizens – is simply spelled out in the words of the constitution. This meaning remains dependent on an ongoing explication that is carried out in the course of applying, interpreting, and supplementing constitutional norms.”

diferentes aspectos da dignidade humana no discurso jurídico. Os direitos humanos possibilitam a inserção no direito positivo de uma tensão produtiva, operacionalizada ao longo da história, entre um direito nacional que pode se tornar fonte de violações à dignidade humana e lutas por reconhecimento, por parte de sujeitos violados, de sua pretensão à igual dignidade numa comunidade democrática. A dignidade humana protege uma dimensão de autonomia que não decorre da identidade de todos os homens enquanto seres racionais, mas da violação da autonomia em sua dimensão social: da ausência de reconhecimento de pessoas ou grupos em função de suas diferenças, em um ambiente em que aspectos e pontos de vista morais já se encontram institucionalizados. O recurso à dignidade humana em sentido jurídico possibilita a formulação de uma pretensão de reconhecimento da autonomia e de igual respeito que surge a partir da efetiva inserção do sujeito em um contexto social. Os direitos humanos, assim, se fundamentam historicamente como produto de lutas por reconhecimento, e a dignidade humana, enquanto conceito jurídico, permite que os sujeitos se retirem de uma “eticidade” violenta e pleiteiem o reconhecimento de suas diferenças, lutando pelo reconhecimento de direitos juridicamente eficazes, mas não expressamente tipificados pela legislação nacional, ou contra a privação de direitos expressamente tipificada em uma legislação injusta.

2. Gênero, sujeito e a universalidade contingente dos direitos humanos e fundamentais: elementos teóricos para a pesquisa jurídica

A unidade da primeira parte do presente trabalho está na formulação de considerações teóricas e metodológicas sobre a pesquisa jurídica em direitos fundamentais aplicada ao estudo das desigualdades de gênero. No primeiro capítulo, trabalhei a questão da virada linguística na filosofia e suas implicações para a construção de uma teoria democrática dos direitos humanos e fundamentais, precipuamente a partir da perspectiva habermasiana – na medida em que temas como linguagem e reconhecimento são incontornáveis para a teoria política e social contemporânea. O segundo capítulo dá continuidade a essa empreitada, tentando estabelecer possíveis bases para a introdução da análise de gênero na teoria jurídica e adicionando um novo conjunto de preocupações conceituais – em especial, considerando que o estatuto do sujeito é um ponto nodal da teoria feminista contemporânea, com as noções de sujeito e identidade. As considerações desenvolvidas no presente capítulo informarão a análise sobre o modo com que sujeitos de direitos com marcadores de gênero são produzidos e reproduzidos, de modo sempre

contingente e precário, durante o processo insaturável de interpretação do sistema de direitos humanos e fundamentais, na dialética entre identidade e diferença.

2.1 Humanitas: direitos humanos, universalismo da diferença, sujeito e história

É atualmente impossível, não somente com Honneth (2009a, 2015), mas a partir da própria análise concreta das pautas políticas de movimentos sociais, deixar de perceber que a matéria da justiça (ou das lutas políticas por reconhecimento³³) não se permite circunscrever ao conteúdo de qualquer conjunto de direitos. Tomemos, por exemplo, o caso do racismo. A Constituição Brasileira, repudiando fortemente o racismo, determinou, em seu art. 5º, XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Embora o direito criminal possa ser relevante para coibir a discriminação racial, ele só pode coibir as discriminações efetivamente externalizadas e dolosamente praticadas – ao passo em que nem todas as manifestações de racismo são reproduzidas conscientemente pelos indivíduos. Num mesmo sentido, ações afirmativas são uma importante medida de justiça material, mas evidentemente não resolvem sozinhas os problemas decorrentes da desigualdade racial. De modo geral, os mecanismos jurídicos, embora importantes, não são capazes de conter neles próprios todas as dimensões da justiça racial. Movimentos de luta por igualdade racial têm chamado atenção para o conceito de “racismo institucional”, que ressalta que a reprodução normativa de hierarquias raciais acontece muitas vezes de modos implícitos, sutis e não problematizados pelos agentes:

As desigualdades raciais também podem ser resultantes de mecanismos discriminatórios que operam, até certo ponto, à revelia dos indivíduos. A essa

³³ Nancy Fraser, filósofa política feminista estadunidense filiada à tradição da teoria crítica, em um famoso intercâmbio crítico com Axel Honneth (FRASER; HONNETH, 2003), problematiza a distinção entre lutas por redistribuição (motivadas pela desigualdade econômica e de classe social) e lutas por reconhecimento (motivadas pela subordinação de status). Fraser considera que a luta por reconhecimento é parte das demandas por emancipação social e que a ausência de reconhecimento é fonte de injustiça social, mas que nem todas as lutas por justiça se classificam como lutas por reconhecimento. Fraser propõe uma concepção de justiça que integre ambas as dimensões, de redistribuição e reconhecimento, ao que Honneth responde que o conceito de reconhecimento é capaz, por si só, de acomodar as demandas por redistribuição econômica. Posteriormente, Nancy Fraser passou a defender que as teorias da justiça devem-se tornar tridimensionais, incorporando a dimensão política da *representação* ao lado da dimensão econômica da distribuição e da dimensão cultural do reconhecimento; segundo Fraser, a dimensão da representação se refere ao “político”, que diz respeito “à natureza da jurisdição do Estado e das regras de decisão pelas quais ele estrutura as disputas sociais. O político, nesse sentido, fornece o palco em que as lutas por distribuição e reconhecimento são conduzidas. Ao estabelecer o critério de pertencimento social, e, portanto, determinar quem conta como um membro, a dimensão política da justiça específica o alcance daquelas outras dimensões: ela designa quem está incluído, e quem está excluído, do círculo daqueles que são titulares de uma justa distribuição e de reconhecimento recíproco” (FRASER, 2009, p. 17).

modalidade de racismo convencionou-se chamar de racismo institucional ou, ainda, de racismo estrutural ou sistêmico. A grande inovação que esse conceito traz se refere à separação das manifestações individuais e conscientes que marcam o racismo e a discriminação racial – tal qual conhecido e combatido por lei. O racismo institucional atua no nível das instituições sociais, dizendo respeito às formas como estas funcionam, seguindo as forças sociais reconhecidas como legítimas pela sociedade e, assim, contribuindo para a naturalização e reprodução da hierarquia racial. Não se expressa por atos manifestos, explícitos ou declarados de discriminação, orientados por motivos raciais, mas, ao contrário, atua de forma difusa no funcionamento cotidiano de instituições e organizações, que operam de forma diferenciada na distribuição de serviços, benefícios e oportunidades aos diferentes grupos raciais (SILVA et. al, 2009, p. 147–70).

Mesmo que a “textura da justiça” jamais a permita se circunscrever completamente no direito (HONNETH, 2009a), no entanto, discursos formulados em termos de direitos humanos e fundamentais são constantemente mobilizados na esfera pública, na medida em que traduzem e legitimam lutas políticas específicas: o conteúdo desses direitos se torna um referencial comum em torno do qual são travadas disputas hermenêuticas e, portanto, políticas (ESTÉVEZ, 2012). Mais além, a percepção de que há outras esferas sociais de reconhecimento não suplanta o papel do Estado enquanto agência não-exclusiva de promoção da justiça (HONNETH, 2009a, p. 357–8): sob o ponto de vista político-institucional lutas políticas por reconhecimento encampadas nos termos de disputas jurídicas contra a privação de direitos humanos e fundamentais encontram maior permeabilidade potencial no seio do Estado democrático, na medida em que podem ser conhecidas e juridicamente impostas também pelo Poder Judiciário.

Evidentemente o Poder Judiciário não é um fórum descontextualizado de discussões puramente principiológicas, ocupando uma posição privilegiada capaz de insulá-lo das relações de poder que constituem a tessitura social. Isso fica claro numa observação externa dos discursos judiciais: em análise sobre as mudanças operadas nos acórdãos sobre homossexualidades proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no período compreendido entre 1989 e 2012, classificados como desde contendo “conservadorismo judicial e heterossexismo explícito” ao reconhecimento da “diversidade sexual e afirmação dos direitos sexuais”, identificou-se uma progressiva tendência democratizadora das abordagens sobre relações sociais e afetivas no meio do Poder Judiciário brasileiro, que se tornou majoritária a partir de 2011; apesar disso, a pesquisa mostrou uma concomitante tendência ao assimilacionismo familista e à normalização dos sujeitos, afetos e sexualidades segundo padrões heteronormativos (COACCI, 2014, 2015).

No entanto, na medida em que se abraça o projeto de superação do positivismo jurídico e se reconheça que o conteúdo deontológico e intersubjetivamente reconstruído dos direitos humanos e fundamentais constitucionalmente reconhecidos fornece um critério *interno ao direito* para acesso à correção das decisões jurídicas, é possível que a reprodução de relações desiguais de poder que opera no interior do sistema jurídico seja criticada a partir da perspectiva do próprio direito enquanto campo disciplinar autônomo (o que, evidentemente, não tem qualquer relação com o direito entendido como um campo disciplinar “puro”, reduzido à sua estrutura formal e autorreferente). Cabe, com Dworkin (2005, 2010), perceber que a única resposta correta para qualquer controvérsia sobre direitos – aquela que revela nossas práticas jurídicas e políticas à sua melhor luz – é uma questão, ainda que evidentemente política, também essencialmente jurídica. Em outras palavras, apesar de importante, não é suficiente apontar de que forma os discursos jurídicos reproduzem relações desiguais de poder com base em critérios formulados por um cientista político que se coloca como observador externo do sistema judiciário; mais que isso, é o caso de se perguntar sobre quais devem ser as preocupações centrais de uma Teoria da Constituição que, enquanto *chave interpretativa do direito constitucional* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012b, p. 28), oriente, sem se prender ela própria a um único campo disciplinar, a aplicação jurisdicional desse Direito Constitucional (e dos Direitos Humanos), perquirindo sobre a justificação da legitimidade democrática do direito.

Giacomo Marramao (2006, 2011) traz importantes contribuições para as diversas questões envolvidas na abordagem de lutas políticas por reconhecimento travadas nos termos de uma disputa sobre direitos humanos. Essa abordagem enfrenta dois desafios interrelacionados, para os quais o autor contribui com intuições fundamentais: o possível caráter etnocêntrico da pretensão de universalidade dos direitos humanos, se pensada a partir do universalismo abstrato dos direitos humanos da modernidade, e o problema do sujeito desses direitos humanos e fundamentais.

O tema dos direitos humanos, para Marramao, é entendido ao mesmo tempo como horizonte de todo direito e como dispositivo ideológico do Ocidente. O texto da declaração representa um ponto de clivagem, sintetizado por Marramao na fórmula da “desterritorialização do direito”: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enuncia o direito universal do ser humano de reconhecimento de sua personalidade jurídica e, mais além, que toda pessoa tem direito a que se estabeleça uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades proclamados pela Declaração se façam plenamente efetivos; dessa forma, a projeção da

realização histórica dos princípios contidos no texto se coloca não só como problema, mas se enuncia como direito (2011, pp. 146-147). Nesse contexto,

O pano de fundo geral é caracterizado [...] pela pesada hipoteca a uma efetiva universalização dos direitos humanos imposta pela “ideologia ocidental”: isto é, pelo pressuposto de que a Razão do Ocidente conserva o monopólio do universal, em oposição ao particularismo e localismo de outras civilizações (MARRAMAQ, 2011, p. 146)³⁴.

O termo “humanidade”, desde que aparece no espaço cultural do Ocidente até as tendências atuais que buscam questioná-lo e deslegitimá-lo (em nome da “diferença sexual”, da “alteridade cultural” ou do convite pós-colonial ao reconhecimento da pluralidade da história) apresenta uma acepção dupla, indicando tanto a *natureza humana* – entendida como o seu elemento constitutivo e peculiar – quanto a *totalidade do gênero humano* como entidade dinâmica e histórico-evolutiva –; ambos possuindo um duplo estatuto descritivo e normativo e ambos relacionados com o universalismo ético e jurídico-político europeu (MARRAMAQ, 2011, p. 135). Nesse quadro, emerge um problema central, que é a indeterminação semântica do adjetivo “humano” – suscetível a acolher conteúdos diferentes em períodos históricos e contextos culturais diferentes; conteúdos que são espaços de controvérsia e terreno de conflitos, já que a ideia europeia de *humanitas* porta em si dispositivos de inclusão-exclusão (MARRAMAQ, 2011, p. 147). Em breve genealogia, aponta Giacomo Marramao que já em Cícero,

a noção de *humanitas* se define como um modelo normativo que inclui em si as prerrogativas virtuosas do *ethos* republicano, excluindo assim de sua órbita àqueles que não estão em condições de adquiri-las; em consequência, nem todos os homens estão em condições de merecer o epíteto de humanos. No clima cultural helênico, o ideal ciceriano tende a resultar em uma unidade axiologicamente caracterizada no elemento da *paideia*. [...] Ao assumir o significado dúplici de “erudição e cultura” e de atitude “educada e civil” [...] pode conferir à pessoa um elevado “sentido de dignidade” [...]. A *humanitas* se caracteriza, portanto, como um processo de formação em condições de projetar o singular à dimensão de um universal humano. [...] Se, a partir de Petrarca, o descobrimento da *humanitas* pelos clássicos é visto como não contraditório, senão como complementar [...] da experiência cristã, o alcance da secularização da conjuntura se desenvolve em toda sua plenitude com o “humanismo civil” [...]. Os *studia humanitatis* absorvem a decisiva função cívica e ético-política de formar a *humanitas* em sua secular autonomia, como [...] síntese das faculdades morais e intelectuais do homem³⁵ (2011, p. 138).

³⁴ Tradução livre de: “El marco general está dado [...] por la pesada hipoteca de una efectiva universalidad de los derechos humanos planteada por la ‘ideología europea’, es decir, por el presupuesto de que la razón del Occidente conserva el monopolio de lo universal con relación al particularismo y localismo de otras civilizaciones”.

³⁵ Tradução livre de: “la noción de *humanitas* se define como un modelo normativo que incluye en sí las prerrogativas virtuosas del *ethos* republicano, excluyendo así de su órbita a quienes no estén en condiciones de adquirirlas; en consecuencia, no todos los hombres están en condiciones de merecer el apelativo de humanos. En el clima cultural helénico, el ideal ciceroniano tiende a saldar en una unidad axiológicamente caracterizada el

No entanto, apesar dos progressos até então registrados pelo direito natural e pela ideia de *humanitas*, a grande questão colocada pela colonização europeia foi justamente aquela da *definição do estatuto humano dos americanos nativos*. Para Marramao, a ideia de humanidade, que entre os séculos XVII e XVIII se encontrava ainda inserida na tentativa de um grande enquadramento sinóptico-comparativo das civilizações, avança o próprio potencial universalizante ao fim do século XVIII, quando se une à gênese da moderna concepção da história como processo orientado que se desenrola linearmente no tempo: o sujeito da história se identifica com a ideia de humanidade. De Kant a Hegel e Marx, o universal da *humanitas* “perde progressivamente toda hipótese essencialista para se transformar de substância em função, de categoria estática (a ‘natureza humana’) em indicador dinâmico de um processo de transformação e emancipação” (MARRAMAIO, 2011, p. 142). Desde a crise do paradigma acumulativo e do seu enfoque sobre a história, a ideia de humanidade foi submetida à dura análise crítica, dirigida a questionar sua pretensão de universalidade, coexistindo, para Marramao, após a segunda metade do século XX, desde atitudes negativas radicais (Schmitt) a outras estratégias críticas, dirigidas a reconstruir o universal humano sobre bases mais amplas e concretas – como a crítica de matriz feminista ao universal neutro patriarcal e a crítica pós-colonial ao seu etnocentrismo eurocêntrico (2011, p. 142-3).

Novamente, essa breve genealogia deixa claro que, na ideia europeia de *humanitas*, há um dispositivo no mais das vezes “drasticamente explícito” de inclusão-exclusão que, posto em questão, convoca diversas (e mesmo opostas) nomenclaturas e diferentes modos de conceber e de declinar o mesmo universal jurídico: aqui aparecem os temas expostos pela crítica pós-colonial, especialmente relevantes num contexto pós-Segunda Guerra Mundial em que os direitos humanos – e, com eles, a ideia de *humanitas* – adquirem relevância política central para os Estados e para a comunidade internacional (MARRAMAIO, 2011, p. 148). A partir do século XX, os direitos passam a ser entendidos como limites ao próprio legislador, garantidos por órgãos especiais de controle da legitimidade das leis; além disso, passa a se considerar que o conteúdo dos direitos deve ser subtraído dos Estados soberanos particulares, por meio do seu

elemento de la *paideia*. [...] Al asumir el dúplice significado de “erudición y cultura” y de actitud “educada y civil” [...] puede conferir a la persona un alto “sentido de dignidad” [...]. La *humanitas* se caracteriza, por lo tanto, como un proceso de formación en condiciones de proyectar lo singular hacia la dimensión de un universal humano. [...] Si, a partir de Petrarca, el descubrimiento de la *humanitas* por los clásicos es visto no como contradictorio, sino como complementario [...] de la experiencia cristiana, el alcance de la secularización de la coyuntura se desarrolla con toda su plenitud con el “humanismo civil”. [...] Los *studia humanitatis* absuelven la decisiva función cívica y ético-política de formar la *humanitas* en su secular autonomía, como [...] síntesis de las facultades morales e intelectuales del hombre”.

reconhecimento no plano internacional: os direitos humanos adquirem relevância internacional, fundada na conexão que se estabelece entre eles e a democracia, bem como são enumerados em proclamações universais e incorporados nas constituições e nas legislações nacionais (MARRAMAIO, 2011, p. 148-9).

No contexto do pós-guerra, o positivismo jurídico já ocupava uma posição dominante no que diz respeito à teoria do direito. Para um autor como Kelsen (1985), o Direito é um sistema autorreferente de normas estruturado hierarquicamente, que estipula os próprios critérios procedimentais de criação de normas válidas, na medida em que se move de um nível mais alto da estrutura hierárquica ao nível mais baixo por ele regulado; não obstante, a normatividade desse procedimento se reduz à segurança das provisões jurídicas emanadas. O custo de uma tal pureza metodológica, que pretende conhecer seu objeto (o que é o direito) excluindo dessa análise tudo o que não pertença ao seu objeto (incluindo o que *deve ser* o direito) é justamente o de privar a ciência jurídica dos critérios para avaliar a correção das decisões judiciais e a legitimidade de ordenamentos jurídicos: tal qual uma abordagem supostamente objetiva da norma não permitiria mais do que descrever um quadro de suas interpretações possíveis, cuja aplicação é tida como uma questão de política do direito, externa ao campo enquanto tal,

a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de conhecer e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (KELSEN, 1985, p. 74).

Nesse contexto, não é de se surpreender que, como ressalta Marramaio, a proclamação da Declaração Universal nos primeiros anos do pós-guerra tenha sido acompanhada de um *revival* do jusnaturalismo. Contra o dispositivo autorreferencial da dogmática continental – que não oferecia critério para diferenciar um ordenamento jurídico positivo formal (como o nacional-socialista) de outros ordenamentos positivos (como os de inspiração liberal-democrática) – Radbruch afirmava que se deveria recorrer a um ordenamento supralegal, formado por direitos universais, em relação ao qual o direito positivo poderia representar uma injustiça legal (MARRAMAIO, 2011, p. 151). *Qual ordenamento supralegal, no entanto?*

Franz Neumann já havia identificado o componente político do jusnaturalismo desde alguns dos mais remotos empregos de noções de direito natural na Europa. Para Neumann, a antinomia entre autonomia individual e soberania pode ser identificada no próprio significado da palavra “direito” – que se refere simultaneamente ao direito objetivo criado pelo soberano e

à pretensão levantada pelo sujeito de direito, de tal forma que o conceito comporta dois momentos contraditórios de afirmação e de negação da autonomia do indivíduo (2014, p. 16). A essa antinomia entre soberania e direito correspondem dois conceitos de lei: um conceito *político* – em que toda medida do poder soberano é lei, a despeito de seu conteúdo – e um conceito *racional* – em que lei é uma norma passível de penetração da razão e que contém um postulado ético, frequentemente o da igualdade: o que é lei se determina por seu conteúdo (por uma *ratio*), não necessariamente por sua origem no poder soberano (por uma *voluntas*) (NEUMANN, 2014, p. 21–2). Assim, se no sistema Tomista de direito natural uma tal divisão entre vontade soberana e razão não é concebível, pois se trata ainda de um conceito teológico de lei natural em que Deus, razão e vontade são uma e a mesma coisa, a posterior

substituição do conceito político de lei pelo de direito natural não secular ocorreu nas lutas entre Igreja e Estado, na disputa dentro das sociedades eclesiástica e secular. Os nominalistas que representavam interesses burgueses específicos se opuseram ao direito do Papa à subordinação do poder secular. Nessas lutas, o direito natural é ora revolucionário, ora conservador, ora teoria crítica, ora apologia. Sempre que um grupo político ataca posições de poder de um outro, serve-se de um direito natural completamente revolucionário e deduz desse direito natural até mesmo o direito ao tiranicídio. Sempre que esse grupo conquista posições de poder, renuncia a todos os antigos ideais, nega a força revolucionária do direito natural e o transforma numa ideologia conservadora (NEUMANN, 2014, p. 23).

Dado o caráter intrinsecamente hermenêutico e político dos direitos humanos, a solução jusnaturalista, quando elaborada unicamente a partir de uma posição de pretensa neutralidade e universalidade do sujeito europeu, reforça, para Marramao, o que se chamou de “ideologia ocidental”: o pressuposto de que a razão do ocidente seja o *standard* do universalismo, frente aos *particularismos* das outras civilizações.

Marramao aponta que dois polos de ação geram entre si um campo de tensão no que toca os modos de interpretar e acolher a herança dos direitos humanos: entre princípio da igualdade – motor de transformações dos conteúdos dos direitos, encarnada em contextos histórico-culturais efetivos – e princípio da diferença – “da especificidade cultural como indicador da mudança das circunstâncias e dos contextos sócio-antropológicos em que se produz a dinâmica dos direitos” (2011, p. 150). Nesse quadro, para que os direitos humanos possam valer como parâmetro supralegal oponível a ordenamentos jurídico-positivos concretos, é necessário, para Marramao, recuperar o tema da relação entre direito natural e história, superando a “antítese paralisante” entre um esquematismo transcendental do direito e um historicismo justificacionista tendente ao relativismo:

Devemos, em outras palavras, entender a dimensão do universalismo jurídico não como um modelo estático e pré-constituído, mas como um fazer-se histórico dinâmico. E, conseqüentemente, colher na Declaração Universal de 1948 uma aquisição evolutiva a ser ancorada não tanto no plano meta-histórico do direito natural, mas sim, ao contrário, na cláusula histórica do “nunca mais” [...]. É necessário conectar a deontologia com a compreensão histórico-estrutural, o momento normativo com o momento crítico-analítico. O apelo ao universalismo dos direitos humanos arrisca, de fato, de se transformar em uma retórica vazia se não se conjuga com o *pathos* analítico, que visa a determinar conceitualmente e a localizar operativamente as raízes efetivas da violência, do poder e da violação da dignidade da pessoa (MARRAMAO, 2007, p. 8–9).

O cenário global atualmente tende a incluir novas formas de subjetividades provenientes de regiões culturais extraocidentais, e a consciência crítica pós-colonial que amadureceu na Ásia, África e América Latina desestabiliza a narrativa ocidental da história e da política, trazendo à luz os dispositivos de exclusão e as linhas de discriminação constitutivas das noções universais do direito e da política; constitutivas no sentido de que não decorrem de um efeito secundário atribuível a circunstâncias históricas contingentes, mas que, ao contrário, estão relacionados à estrutura lógica dessas concepções enquanto tais (MARRAMAO, 2011, p. 154). Assim como a crítica feminista no interior do pensamento ocidental se preocupou em redesenhar as demarcações simbólicas e topológicas do político, é necessário redesenhar a lógica do universal para além do universalismo abstrato da modernidade: como um universalismo que contemple as diferenças, vinculado a uma plataforma de direitos humanos em permanente construção, a partir dos discursos emancipatórios e das dinâmicas cotidianas dos grupos oprimidos; construir um universal contingente, um sistema de direitos que respeite e considere o lugar de origem (SCHERER-WARREN, 2010, p. 23).

Karina Bidaseca (2011) se preocupa em denunciar o *colonialismo jurídico* presente no tratamento dado, pela Corte de Salta, Argentina, a um caso em que um homem de uma comunidade *wichí* foi acusado de ter violado a filha de sua concubina. O homem foi acusado de estupro – que, nos termos do artigo 119 do Código Penal Argentino, é presumido sempre que mantida relação sexual com pessoa menor de 13 anos. A Corte da Província de Salta, que a princípio havia entendido o caso como uma pauta cultural e étnica do povo originário *wichí*, afirmando que seria necessário avaliar a aceitação social dentre esses povos de que as mulheres mantenham relações sexuais em idade tão jovem, desistiu desse posicionamento, ignorou as provas antropológicas levantadas e manteve o processo contra o acusado, que ainda se encontrava preso ao tempo em que o artigo foi publicado (BIDASECA, 2011, p. 70). Dessa forma, a criança (para o discurso hegemônico do Código Penal e para a cultura ocidental) /

mulher (no seio do povo *wíchi*) não foi ouvida no processo, pois para o sistema jurídico argentino ela carece de capacidade. Embora tenha se manifestado no sentido de que havia se relacionado com o homem por livre e espontânea vontade, sua voz foi sufocada por uma judicialização que transformou pautas culturais em narrativas da criminalidade a serem decodificadas em uma casuística legal de cuja construção não é parte. Para os *wichí*, não houve crime. Na prática, sequer houve parte lesionada. O que houve foi o Estado respondendo a uma ameaça à moralidade ocidental, uma ameaça que existia apenas na representação hegemônica do caso (um padrasto violando sua enteada); a cultura Ocidental foi quem traduziu o caso como uma violação, sob um sistema de representações que só faz sentido desde uma perspectiva externa, mas não corresponde com o mundo *wichí* (BIDASECA, 2011, p. 73-81). A autora problematiza também os limites do feminismo acadêmico homogeneizante e não aberto à diferença, que tenta silenciar mulheres de cor/não brancas ou mesmo falar por elas, na medida em que tudo isso transcorreu com a complacência da *Comisión de la Mujer de la Universidad Nacional de Salta*, que sustentou que *não pode ser defendido o relativismo cultural para legitimar a violação dos direitos universais e da integridade sexual da criança/adulta por parte do “wichí violador”* (BIDASECA, 2011, p. 78-9). Nesse caso, ficou claramente desenhado um universalismo homogeneizante que busca “salvar” quem não se vê como vítima justamente porque antepõe pressuposições sobre o conteúdo dos direitos extraídas, desde uma perspectiva hegemônica, a partir de experiências particulares consideradas universais e atemporais, ao invés de reconstruir o conteúdo desses direitos a partir da realidade e das experiências de seus titulares.

Marramao sugere que para apreender o sentido da crítica que os autores pós-coloniais dirigem ao falso universalismo dos direitos humanos é necessário, em primeiro lugar, não entender mal a interpretação que eles fornecem do mundo globalizado; um mundo não simplesmente uniformizado e homologado, mas que possui uma estrutura paradoxal, a um só tempo unipolar (do ponto de vista do poder tecnológico-militar) e multicêntrico (do ponto de vista das identidades e das instâncias de subjetivação que surgem das diversas áreas do planeta), o que estimula a perguntar qual deveria ser a nova dimensão do universalismo dos direitos, aberto a uma pluralidade de experiências e de narrativas diversas, compreensível à luz da superação de toda visão essencialista sobre as chamadas “identidades culturais” – que, além de intrinsecamente plurais, são atravessadas por conflitos de valores (MARRAMAIO, 2011, p. 156). Nessa nova realidade, mostra-se crucial

a ideia de uma esfera pública que seja capaz de recompor o Universal contra a identidade: que não se contente, portanto, de relativizar e enfraquecer a identidade, simplesmente pluralizando-a. Trata-se, em outras palavras, de construir um Universal multicêntrico, que não vise a recompor como um mosaico as várias identidades culturais, tomando-as como tal – ou seja, como um dado autoevidente e autofundado, e não como um problema. Um procedimento desse gênero seria, de fato, totalmente interno à lógica dominante: por meio da qual ocorre uma objetiva (e, às vezes, subjetiva) cumplicidade entre a tolerância multicultural assim entendida e o fundamentalismo. A única perspectiva potencialmente libertadora será, assim, aquela disposta a realizar uma virada radical daquele procedimento. Não recompor como um mosaico as identidades, mas reconstruir o Universal contra a identidade: a partir do critério da diferença. Repensar em um ser-em-comum composto de histórias diversas e de diferenças inassimiláveis: em uma civitas como comunidade paradoxal suscetível de acolher as existências (e experiências) singulares, independentemente das pertinências identitárias que em cada caso se fazem presentes: como inevitável efeito dos mecanismos de identificação simbólica e das práticas coletivas de “invenção da tradição” (MARRAMAIO, 2007, p. 12).

A composição desse universal com respeito às diferenças, que não procure “compor como um mosaico” distintas identidades tomadas como um dado autoevidente (como em um esquema interpretativo de matriz identitária), e não como um problema, permite reconstruir o Universal contra a identidade a partir do critério da diferença.

No marco da discussão filosófica atual, tende a se configurar uma antítese entre os que reivindicam a prioridade da razão sobre a identidade – que se colocam em defesa do individualismo e universalismo de corte iluminista ou *liberal* – e os que reivindicam a precedência da identidade sobre a razão – que se colocam em defesa do antiuniversalismo, do contextualismo ou do *comunitarismo* (MARRAMAIO, 2011, p. 53). Para Marramaio, o par razão-identidade deve ser compreendido não como antítese ou como coincidência, mas mais precisamente como um *campo de tensão* que pode ser compreendido justamente na fórmula do *universalismo da diferença*, constituído sobre uma dupla linha de marcação entre o *universalismo da identidade* (seja baseado numa matriz utilitarista de uma racionalidade aquisitiva pragmática; seja na versão nobre de Kant do ser humano como sujeito ético-transcendental *indiferenciado a despeito do caráter situado da própria existência*) e o *antiautoritarismo das diferenças* (em suas expressões contextualistas e relativistas extremas do “multiculturalismo”) (2011, p. 54). O universal não pode ser predefinido e identitário, mas tampouco deixa de ter qualquer relevância diante do caráter inassimilável da diferença: *é necessário que a universalidade dos direitos humanos possa ser invocada a partir do critério da diferença*.

A hipótese padrão de que o indivíduo se motiva por um exclusivo interesse próprio se vincula diretamente com o paradigma econômico da racionalidade (hipótese que, embora seja dominante no pensamento social contemporâneo, se não é esquema adequado para explicar o funcionamento eficiente das economias de mercado, ainda menos explica o comportamento humano em geral); nesse quadro, examinar a influência da identidade sobre o comportamento pode ser uma saída a um enfoque baseado no modelo dos cálculos de custo-benefício, na medida em que a identidade – enquanto pertencimento e reconhecimento intersubjetivo – influencia significativamente a atividade humana (MARRAMAIO, 2011, p. 56). Não obstante, Marramao, em um diálogo com Amartya Sen, aponta que os filósofos sociais de inspiração comunitarista produzem uma supervalorização da efetiva dimensão da identidade social, coletiva ou cultural e de sua influência, atribuindo-lhes um papel determinante que apresenta dois aspectos problemáticos: a negação do princípio da autonomia (pois deixa de ser possível invocar critérios de racionalidade externos aos vigentes na comunidade) e a negação da possibilidade de juízos normativos interculturais (em caso de um conflito de valor entre diferentes grupos ou comunidades culturais, não há um valor independente dos que entram em conflito que se possa convocar para sua solução racional); a questão passa a ser: até que ponto a exigência de uma prática intercultural permite passar das posições contextualistas para a adoção de uma fórmula universalista, se a própria demanda por regras de justiça vinculantes não pode ser satisfeita se falta uma prévia solidariedade comunitária e uma identidade social? (2011, pp. 57-58). Dessas considerações, fica clara a propensão dos comunitaristas de partir de certa reificação dos contextos socioculturais, ao tratarem culturas como entidades estáticas e não como processos, como dinâmicas relacionais em constante transformação, termina reduzindo a noção de comunidade à de substâncias simples, auto-consistências insulares, que assume ela mesma as conotações atomistas do indivíduo liberal (MARRAMAIO, 2011, p. 69).

Há similaridades entre as críticas de Marramao à reificação de identidades socioculturais e as considerações de Habermas sobre as lutas políticas por reconhecimento no Estado Democrático de Direito, em sua obra “A Inclusão do Outro” (2007). Ainda que trabalhando a questão sob a ótica mais específica de uma comunidade política concreta, Habermas também critica a concepção comunitarista, na formulação de Taylor, segundo a qual o sistema de direitos careceria de correção por ignorar reivindicações de defesa de formas culturais de vida e identidades coletivas (HABERMAS, 2002a, p. 250).

Para Habermas, quando tratamos a questão acerca dos direitos das minorias como um problema jurídico, passamos a lidar com a arquitetura do Estado de direito, no seio da qual o

próprio processo democrático de efetivação de direitos subjetivos seria capaz de assegurar a coexistência equitativa de diferentes formas culturais, sem que para tanto seja necessário introduzir no sistema um novo tipo de direitos coletivos: a defesa de formas de vida e tradições geradoras de identidade deve servir ao reconhecimento de seus membros, não a uma preservação administrativa de formas culturais sob um ponto de vista *ecológico* de conservação de espécies (HABERMAS, 2002, p. 258). Em sociedades multiculturais, a coexistência equitativa de formas de vida significa para cada cidadão a chance de poder crescer em seu universo cultural de origem e *também de poder confrontá-lo*. Dessa forma, para Habermas, nessas sociedades

a constituição jurídico-estatal só pode tolerar formas de vida que se articulem no *medium* de tradições não-fundamentalistas, já que a coexistência equitativa dessas formas de vida exige o reconhecimento recíproco das diversas condições culturais de concernência ao grupo: também é preciso reconhecer cada pessoa como membro de uma comunidade integrada em torno de outra concepção diversa do que seja o bem, segundo cada caso em particular. A *integração ética* de grupos e subculturas com cada uma das identidades coletivas próprias precisa ser desacoplada do plano de uma *integração política* abstrata, que apreende os cidadãos do Estado de maneira equitativa (2002, p. 261).

Assim, por mais que a forma de vida e a vontade política de uma comunidade jurídica concreta estejam refletidas em sua ordem jurídica, o legislador político orientado segundo a ideia de efetivação de direitos fundamentais não pode sobrepor, a esses direitos fundamentais do cidadão, um *ethos* específico juridicamente ordenado, mas precisa ser neutro em face das diferenças que haja no interior do Estado entre comunidades que se integram e indivíduos que vivem cada qual em torno de uma respectiva concepção própria do que seja o bem (HABERMAS, 2002, p. 265).

A principal diferença está no fato de que, para Marramao, não basta simplesmente pretender incluir os outros (“o resto do mundo” ou minorias localizadas no interior de uma comunidade política), mas sim cabe criar um novo universalismo não uniformizante que parta a cada caso dessas experiências localizadas. A questão não é, como parece sugerir Habermas em seu texto sobre a utopia realista dos direitos humanos, buscar uma resposta para as pretensões de *inclusão* formuladas, no plano internacional, por populações marginalizadas e desprivilegiadas (2010, p. 479), mas compreender de que forma o próprio universal em que essas populações supostamente devem ser *incluídas* pode ser por elas apropriado e reconstruído, a partir de seus contextos e experiências. Não se trata de uma homologação dos grupos desprivilegiados a partir de sua presumida *identidade* com o universal ocidental, mas da

construção de um novo universal, repensado a partir do critério da *diferença*. Como coloca Judith Butler, a questão não é desenhar um universal mais abrangente, que só poderia se manter ao custo da produção de novas exclusões; no contexto político do pós-colonialismo, é necessário demarcar a categoria do “universal” como permanentemente contestada e contingente, palco de disputa e ressignificação, de forma a não impedir de antemão reivindicações futuras de inclusão: não é necessário desfazer a categoria do “universal”, mas “aliviá-la de seu peso fundamentalista, a fim de apresentá-la como um lugar de disputa política permanente” (1998, p. 17).

O universal dos direitos ao qual deve ser possível recorrer para “confrontar o universo cultural de origem” (um universal “contra a identidade”, um universal contingente, um sistema de direitos que respeite e considere o lugar de origem) não pode, além disso, ser pensado a partir de uma justificação baseada apenas em processos de argumentação racional que conduzam ao entendimento, pois isso “tem o inconveniente de introduzir uma implícita discriminação entre os sujeitos dotados de competência comunicativo-argumentativa e os sujeitos que dela carecem”, mas que, não obstante, podem estar em condições de considerar as próprias escolhas éticas e as consequências da adoção autônoma ou heterônoma de normas ou estilos de vida para sua própria existência (MARRAMAIO, 2011, p. 74). Como sugere Judith Butler em outro texto,

há alguns teóricos políticos que querem saber quais caracteres politicamente relevantes dos seres humanos podem ser estendidos a todos os seres humanos (desejo, fala, deliberação, dependência), e logo fundar suas visões normativas do que deve ser uma ordem política nessa descrição universal. Seyla Benhabib nos demonstrou como, tanto Rawls como Habermas, de diferentes maneiras, oferecem uma descrição da universalidade que evade a questão da natureza humana ou uma descrição substantiva de caracteres universalizáveis, em favor de um método procedimental que estabelece a universalidade como critério para justificar as reivindicações normativas de qualquer programa social e político. Ainda que o método procedimental implica não fazer nenhuma reivindicação substantiva sobre o que são os seres humanos, ele implicitamente demanda uma certa capacidade racional e atribui a essa capacidade racional uma relação inerente à universalidade. O pressuposto kantiano de que quando “eu” raciocino, participo de uma racionalidade que é trans-individual culmina na reivindicação de que o meu raciocínio pressupõe a universalidade das minhas reivindicações. Assim, o enfoque procedimental pressupõe a prioridade de uma racionalidade como essa, bem como pressupõe o caráter suspeito de caracteres ostensivamente não racionais de conduta humana no domínio da política³⁶.

³⁶ Tradução livre de “hay algunos teóricos políticos que quieren saber qué rasgos políticamente relevantes de los seres humanos pueden ser extendidos a todos los seres humanos (deseo, habla, deliberación, dependencia), y luego fundar sus visiones normativas de lo que debe ser un orden político en esa descripción universal. Seyla Benhabib nos ha mostrado cómo, tanto Rawls como Habermas, de diferentes maneras, ofrecen una descripción de la universalidad que evade la cuestión de la naturaleza humana y una descripción sustantiva de rasgos universalizables en favor de un método procesal que establece la universalidad como criterio

O direito de cidadania, assim, não pode se limitar aos procedimentos formais do direito ou à lógica da argumentação, mas deve se estender às distintas “narrativas” da identidade. O reconhecimento da natureza imperfeita e limitada da racionalidade impõe, além disso, que essa narração seja conhecida não só em sua dimensão racional, mas também emotiva: uma jovem islâmica de Paris pode não ser capaz de argumentar sobre sua escolha mais ou menos livre sobre o uso do véu, mas nem por isso será incapaz de narrar a “experiência emotivo-racional” do valor que essa decisão comporta, bem como suas implicações existenciais – desde que se tratem de narrativas “com prova”, uma vez que uma estratégia narrativa pode ter implicações autoapologéticas ou ser de tipo ideológico³⁷ (MARRAMAIO, 2011, pp. 75-76).

Essas considerações se tratam, no entanto, de uma moral provisória, pois ainda devemos nos dispor a provar as imprevisíveis virtudes da tese do “universalismo da diferença”: no presente momento histórico de passagem do não-mais da antiga ordem interestatal e o ainda não de uma nova ordem supranacional que se busca esboçar, nos caberá “escrever com uma mão a palavra *universalidade* e com a outra a palavra *diferença*, resistindo à tentação de escrevê-las ambas com uma só mão, já que – no estado das coisas – seria, de qualquer maneira, a mão equivocada” (MARRAMAIO, 2011, p. 78).

De todas as densas considerações de Giacomo Marramaio, os principais elementos podem ser sintetizados nos seguintes pontos: (i) após a Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos adquirem relevância política central para os Estados e para a comunidade internacional; no entanto, desde suas origens, a ideia europeia de *humanitas* opera a partir de um dispositivo “drasticamente explícito” de inclusão e exclusão, pois convoca invariavelmente distintos modos de conceber o mesmo universal jurídico, relacionados com o modo com que o discurso sobre os direitos humanos *concebe os seus sujeitos*; (ii) a partir da crítica pós-colonial a um universal liberal e homogeneizante dos direitos humanos, pensado unicamente a partir do critério da identidade, mas sem recair num relativismo extremo que nega normatividade aos direitos humanos, é necessário *construir um novo universal, contingente, pensado a partir do*

para justificar las reivindicaciones normativas de cualquier programa social y político. Aunque el método procesal implica no hacer ningún reclamo sustantivo acerca de lo que son los seres humanos, implícitamente demanda una cierta capacidad racional y atribuye a esa capacidad racional una relación inherente a la universalibilidad. El supuesto kantiano de que cuando "yo" razono participo de una racionalidad que es transpersonal culmina en la reivindicación de que mi razonamiento presupone la universalibilidad de mis reivindicaciones. Así, el enfoque procesal presupone la prioridad de una racionalidad como ésa y también presupone el carácter sospechoso de rasgos ostensiblemente no racionales de conducta humana en el dominio de la política”.

³⁷ Também nesse sentido CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 133–7.

critério da diferença; (iii) contra o essencialismo das abordagens de fundo jusnaturalista, que perquirem pelos direitos humanos como *coisa-em-si* e compreendem o universalismo jurídico a partir de um modelo supostamente estático e pré-constituído (e, assim, nada mais fazem do que ocultar sua dimensão intrinsecamente hermenêutica e política, naturalizando o pressuposto de que a razão do ocidente seja o *standard* do universalismo, frente aos particularismos das outras civilizações), devemos compreender o universalismo jurídico como um processo histórico e dinâmico, ancorando a Declaração Universal dos Direitos Humanos na cláusula histórica do “nunca mais” (ao invés de no plano metafísico e atemporal do direito natural), de tal forma que o apelo ao universalismo dos direitos humanos sirva para identificar conceitualmente, de modo produtivo, as raízes concretas da violência e da violação da dignidade da pessoa humana.

2.2 Movimentos feministas da identidade à diferença: gênero, colonialidade e interseccionalidade

Não é corriqueiro compreender os campos intrincados e dinâmicos em que se inserem os movimentos sociais, dentre os quais os movimentos de mulheres e os feministas³⁸. Sônia Alvarez (2009) propõe entender o campo feminista como um “campo discursivo de ação”³⁹, que, ancorado na sociedade civil, se estende por outros espaços, incorporando uma vasta gama de atores e lugares; um campo que tem determinados nódulos articuladores, ainda que em constante modificação, no influxo dos temas que, em determinado contexto histórico e político, ganham mais ou menos visibilidade e proeminência. Os campos não são, dessa forma, espaços pré ou pós políticos, mas são em si palcos constitutivamente políticos, uma vez que estão em permanente disputa, marcados por relações desiguais de poder. Isso porque dentro desses campos articula-se discursivamente uma gramática política disputada pela enunciação, por parte daqueles que se identificam com o campo, de códigos culturais que disputam um universo compartilhado de significados; as reconfigurações por que passa um campo não são fruto

³⁸ Parte substancial dos estudos apresentados no presente capítulo foi realizada na disciplina Gênero e Política na América Latina, lecionada pela Professora Doutora Marlise Mirian de Matos e pela Professora Doutora Sônia Alvarez, do “Center for Latin American, Caribbean and Latino Studies” da “University of Massachusetts-Amherst”, ofertada no primeiro semestre de 2014 pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFMG.

³⁹ “*Discursive fields of action*”.

apenas do contexto, mas também são resultado da sua conflituosidade interna. Em suma, quanto aos feminismos:

Como campos discursivos de ação, os feminismos são dinâmicos e estão em constante modificação, em movimento. Eles são continuamente reconfigurados por uma mistura de forças internas e externas que têm centros de gravidade oscilantes. Quais atores, discursos, práticas e formas organizacionais prevalecem ou são mais visíveis em dado momento histórico e dado contexto sócio-político, assim, é algo necessariamente variável⁴⁰ (Alvarez 2009, p. 182).

Marlise Matos (2010) e Sonia Alvarez (2009, 2014) classificam o feminismo brasileiro em diferentes “momentos” ou “ondas” a partir do destaque de elementos semelhantes⁴¹. Num primeiro momento, há a formação do movimento feminista no singular, marcado pela luta contra a ditadura militar e forte reivindicação de autonomia – em que, segundo Sônia Alvarez, a disputa de espaço entre luta geral (militância política) e luta específica (militância feminista) era um embate constitutivo do campo. A América Latina já desde a década de 60 via um significativo aumento de lutas sociais, com a irrupção e resistência dos movimentos camponeses e a politização dos estudantes universitários, num contexto marcado pela Revolução Cubana e por correntes ideológicas que, a exemplo da teologia da libertação e da teoria da dependência, contribuíram para legitimar a resistência dos oprimidos (GALLEGO et. al, 2006, p. 351–2). Nesse cenário, o feminismo progressivamente passava a se assemelhar com um movimento social propriamente dito, e se caracterizava por alguns aspectos centrais: pela resistência à ditadura militar; pela formação de coletivos autônomos e autossustentados; pela rua como principal espaço de manifestação; e pela forte invocação de autonomia – para algumas em relação aos homens, para outras em relação aos partidos políticos e organizações da esquerda revolucionária, e para todas em relação ao governo.

O segundo momento do campo feminista no Brasil, para Sônia Alvarez, teve como marcante seu *descentramento* e o “mainstreaming” do discurso sobre gênero – que, para além de sua posição enquanto discurso constitutivo do próprio campo, passa a ser articulado transversalmente por outras e diversas organizações políticas. Num cenário de transição para uma democracia representativa de baixa intensidade, o movimento feminista passa a se

⁴⁰ Tradução livre de: “As discursive fields of action, feminisms are dynamic, always changing, on the move. They are continually reconfigured by a mix of internal and external forces and have shifting centers of gravity. Which actors, discourses, practices and organizational forms prevail or are most politically visible at any given time in a given socio-political context therefore necessarily varies”.

⁴¹ Sobre a história do feminismo no Brasil, TELES, 1999; PINTO, 2003; COSTA, 2005; MATOS, 2010. Sobre a história do feminismo na perspectiva mais ampla da América Latina, ver em especial ALVAREZ, 1999, 2000, 2009; VARGAS, 2002; (RIBEIRO, MATILDE, 2006).

defrontar com a possibilidade de sua institucionalização: muitos coletivos se transformam em ONGs (muitas das quais setorizadas em relação a temas específicos), que passam a ganhar muita visibilidade, interconectando discursivamente atores diversos por meio da produção e circulação de conhecimentos e da disseminação dos discursos feministas (ALVAREZ, 1999, p. 181–2, 2014). O campo não é mais visualizado na chave da década de 70: assume primazia o embate entre as que apontavam uma suposta desmobilização política do movimento em função de sua institucionalização, inclusive no estado, contra as mulheres favoráveis a essas mudanças, que seriam decorrentes da reconfiguração do contexto político. A questão da autonomia é discutida em relação à institucionalidade do poder, e o embate entre feministas autônomas e institucionais passa a ser uma disputa constitutiva do campo (ALVAREZ, 2014).

Nesse momento, o discurso sobre gênero proporciona uma gramática comum para o campo, que facilitava a comunicação com atores externos; em relação a ele, no entanto, se formou outra disputa constitutiva. Segundo Sônia Alvarez (2014), o conceito, “descafeinado”, integrou o repertório do “neoliberalismo multicultural com face humana”, o que levou uma autora como Evelina Dagnino a apontar os riscos de uma “confluência perversa” (no sentido de um fenômeno cujas consequências contrariam sua aparência) entre o projeto neoliberal hegemônico e o projeto democratizante e participatório que emerge da crise dos regimes autoritários: apontando para direções opostas e até antagônicas, ambos os projetos requerem uma sociedade civil ativa e propositiva; no entanto,

Essa identidade de propósitos, no que toca à participação da sociedade civil, é evidentemente aparente. Mas essa aparência é sólida e cuidadosamente construída através da utilização de referências comuns, que tornam seu deciframento uma tarefa difícil, especialmente para os atores da sociedade civil envolvidos, a cuja participação se apela tão veementemente e em termos tão familiares e sedutores. A disputa política entre projetos políticos distintos assume então o caráter de uma disputa de significados para referências aparentemente comuns: participação, sociedade civil, cidadania, democracia. A utilização dessas referências, que são comuns, mas abrigam significados muito distintos, instala o que se pode chamar de crise discursiva: a linguagem corrente, na homogeneidade de seu vocabulário, obscurece diferenças, dilui nuances e reduz antagonismos. Nesse obscurecimento se constroem subrepticiamente os canais por onde avançam as concepções neoliberais, que passam a ocupar terrenos insuspeitados. [...] Essa perversidade é claramente exposta nas avaliações dos movimentos sociais, de representantes da sociedade civil nos Conselhos gestores, de membros das organizações não governamentais (ONGs) envolvidas em parcerias com o Estado e de outras pessoas que de uma maneira ou de outra vivenciam a experiência desses espaços ou se empenharam na sua criação, apostando no potencial democratizante que eles trariam. [...] O risco – real – que elas percebem é que a participação da sociedade civil nas instâncias decisórias, defendida pelas forças que sustentam o projeto participativo democratizante como um mecanismo de aprofundamento democrático e de redução da exclusão, possa

acabar servindo aos objetivos do projeto que lhe é antagônico (DAGNINO, 2004, p. 197–8).

No que toca especificamente o campo feminista, não raro o discurso sobre gênero, ao ser incorporado e ressignificado por meio das representações culturais implícitas nas políticas públicas, acabou despido de seu potencial crítico e estrategicamente empregado para transformar demandas feministas em *familismo*: a violência contra a mulher, por exemplo – que desde uma perspectiva feminista demanda estratégias políticas públicas e culturais de empoderamento das mulheres para resistência, transformação ou abandono de relações abusivas –, quando trabalhada como uma questão de violência *intrafamiliar* pode ser interpretada, por autoridades públicas e tribunais de justiça, como parte de um esforço de fortalecimento e conservação da família tradicional, por meio da *mediação* de situações de violência (ALVAREZ, 2000, pp. 17-18).

A despeito desses embates, as ONGs, muitas das quais administrando projetos para mulheres “vulneráveis”, se tornam então hegemônicas no campo feminista, centralizando o acesso aos recursos econômicos e ao “microfone político”. Esse processo de “onguização” do campo não se limitou à mera proliferação de organizações feministas com maior grau de organização formal, pessoal profissional e financiamento por governos ou agências multilaterais; se referiu, de modo mais amplo, à aceitação e à promoção ativa das práticas organizacionais subjacentes a esse modelo pelo Estado e por instituições internacionais neoliberais, tanto em relação a organizações feministas quanto a outros setores da sociedade civil (ALVAREZ, 2009, p. 176; 2014). Sem encampar as críticas daquelas que viam as ONGs por si próprias como despolitizantes, Sônia Alvarez identificou três desenvolvimentos com o potencial de minar a capacidade das ONGs de efetivamente defender políticas públicas feministas e mudanças sociais na América Latina: (i) o fato de que Estados e organizações internacionais transformaram ONGs feministas em *experts* de gênero – ao invés de grupos de cidadãos – o que gerou um enfoque reducionista sobre suas intervenções político-culturais no debate sobre igualdade de gênero na esfera pública, tratadas como a matéria “técnica”; (ii) a tendência então crescente de que esses Estados e organizações tratassem as ONGs feministas como substitutas (*surrogates*) da sociedade civil (mesmo que as ONGs não reivindicassem essa posição), silenciando outros atores; e (iii) a crescente contratação de ONGs para a execução de políticas públicas de gênero, que reduzia a habilidade dessas organizações de monitorar criticamente essas políticas e de defender mudanças mais progressistas (1999, p. 183).

Um terceiro momento é por fim marcado pelo “fluxo horizontal do feminismo”, em que o movimento, além de transversalizado (de ter se estendido verticalmente por diferentes níveis do governo, atravessando a maior parte do espectro político em arenas nacionais e internacionais), se estende também horizontalmente, “ao longo de uma larga gama de classes sociais, de outros movimentos [...] e também no seio de comunidades étnico-raciais e rurais, bem como de múltiplos espaços sociais e culturais, inclusive em movimentos sociais paralelos” (MATOS; PARADIS, 2012, p. 9). Para Sônia Alvarez, há atualmente uma presença marcante de mulheres em partidos à esquerda do PT, uma multiplicação de feminismos populares e uma popularização dos feminismos, expressa em movimentos como a Marcha das Vadias, por exemplo. O campo tem sido marcado por diversas expressões de caráter cultural e lúdico, especialmente na internet – em blogs, *tumblr*s e páginas no Facebook como a “Moça, você é machista” (ALVAREZ, 2014). Na América Latina, inclusive em função da atuação das ONGs especializadas,

atualmente em muitos, senão em todos os países da região, o feminismo não apenas alcançou o “*mainstream*”, de forma que se estende verticalmente ao longo de diferentes níveis de governo, atravessa grande parte do espectro político e se engaja em uma variedade de arenas políticas nacionais e internacionais; os feminismos além disso foram “*sidestreamed*”, se me permite a expressão, espalhando-se horizontalmente em uma ampla gama de classes sociais, comunidades étnico-raciais e espaços culturais e sociais, incluindo públicos de movimentos sociais paralelos. Produzindo conhecimentos feministas, disseminando os discursos feministas e servindo como pontos nodais nas múltiplas redes político-comunicativas que conectam diversas e dispersas agentes feministas, ONGs – com suas sedes permanentes, orçamentos de tamanho considerável, departamentos com funções específicas, publicações especializadas e pessoal de administração, pesquisa e relações públicas remunerado – se tornaram os principais suportes de campos feministas, auxiliando a entrelaçar agentes feministas díspares e articulá-los discursivamente⁴² (ALVAREZ, 2009, p. 177).

Atualmente é nítida a visibilidade alcançada por algumas pautas feministas em outros movimentos sociais, no contexto do fluxo horizontal do feminismo. Em Belo Horizonte, por exemplo, durante a ocupação da Câmara dos Vereadores realizada em junho e julho de 2013

⁴² Tradução livre de “feminism in many, if not most, countries in the region today not only has been ‘mainstreamed’ so that it extends vertically across different levels of government, traverses much of the party spectrum and engages with a variety of national and international policy arenas; feminisms also has been ‘sidestreamed’, if you will, spreading horizontally into a wide array of class and racial-ethnic communities and social and cultural spaces, including parallel social movement publics. By producing feminist knowledges, disseminating feminist discourses and serving as nodal points in the multiple political-communicative webs and networks that link diverse and dispersed feminist actors, NGOs – with their permanent headquarters, sizeable budgets, functionally specific departments, specialized publications, and paid administrative, research and outreach staff – became mainstays of feminist fields, helping to interweave disparate feminist actors and articulate them discursively”.

contra o aumento da tarifa das passagens de ônibus e pela abertura das planilhas das concessionárias, os dez representantes foram eleitos para reunião com o Prefeito em paridade de homens e mulheres. No Movimento Passe Livre de Belo Horizonte, por sua vez, é adotada política expressa no sentido de que apenas mulheres falam publicamente em nome do coletivo.

Observa-se atualmente uma multiplicação de espaços feministas em curso, com a formação de campos autônomos (como, por exemplo, de mulheres negras ou de mulheres lésbicas), num movimento que tem sido denominado de “feminismos de terceira onda”. Nesse novo momento, as mulheres cujas “feministas hegemônicas” da chamada “segunda onda” consideravam “outras” (pobres mulheres trabalhadoras, negras, indígenas, lésbicas) traduziram e transformaram cânones do movimento e modelaram “outros feminismos” ou “feminismos com sobrenomes”, muitas vezes profundamente entrelaçados com lutas nacionais e globais contra a desigualdade social, sexual e racial (ALVAREZ, 2009, p. 182). A chave de compreensão desse novo momento do feminismo no Brasil e no mundo é o conceito de “interseccionalidade”.

A questão da *interseccionalidade* coloca importantes desafios políticos e epistemológicos. De modo bastante sintético, é possível afirmar que, sob a égide da luta contra o patriarcado, movimentos feministas se institucionalizaram partilhando uma ideia de igualdade e de luta comum – a luta da mulher. Nesse quadro, entre mulheres, a questão racial, por exemplo, foi não raro tratada como um problema de importância secundária: movimentos acabaram produzindo opressões internas, na medida em que silenciaram diante de formas de opressão que articulassem racismo e sexismo (ou racismo e orientação sexual, etc.), posicionando algumas mulheres, como as negras, em situação desfavorável. Como sintetiza Vanessa Sander Serra e Meira,

as mulheres negras denunciaram (e ainda denunciam) sua invisibilidade dentro dos discursos e movimentos feministas, mostrando como as reivindicações pautadas pela categoria “mulher” se pretendiam universais, mas, na verdade, tinham muitas limitações e um centramento nas experiências de mulheres brancas e euroamericanas. Quando, por exemplo, as feministas falavam das dificuldades das mulheres quando “passaram a trabalhar fora”, não se levava em conta as vivências das mulheres negras, que sempre trabalharam fora e nos empregos mais precários. Esses questionamentos agregaram muito ao feminismo, enquanto teoria e prática política, e trouxeram novos deslocamentos na categoria “mulher” (2015).

Contra interpretações reducionistas e essencialistas, o conceito de *interseccionalidade*, pois, aponta os problemas da articulação identitária de lutas políticas, lançando luz sobre a necessidade teórica de focar em que medida distintas hierarquizações sociais – em função de

raça, gênero, orientação sexual, classe social – interação, na reprodução e transformação de relações de poder, com a realidade sócio-material da vida de mulheres, evitando, com a devida atenção dada às especificidades locais, homogeneizações perversas. No desenvolvimento dos feminismos do século XX, segundo Lugones,

não se explicitaram as conexões entre o gênero, a classe social e a heterossexualidade como racializados. Esse feminismo enfocou sua luta e suas formas de conhecer e teorizar contra a caracterização das mulheres como frágeis, débeis tanto corporal quanto mentalmente, reclusas ao espaço privado e sexualmente passivas. Ele, no entanto, não explicitou a relação entre essas características e a raça, já que somente constrói a mulher branca e burguesa. Dado o caráter hegemônico que alcançou a análise, não apenas não se explicitou, senão ocultou essa relação [entre gênero e raça]. Iniciando o movimento de “libertação da mulher” a partir dessa caracterização da mulher como o alvo [*el blanco*] da luta, as feministas burguesas brancas se ocuparam de teorizar o sentido branco de ser mulher, como se todas as mulheres fossem brancas⁴³ (LUGONES, 2008, p. 94).

Nesse contexto, para Karina Bidaseca, *as diferenças entre mulheres são o novo eixo articulador do feminismo* (2011, p. 66). Debater a opressão de gênero sem uma preocupação *interseccional* com a discussão do racismo e de outros sistemas interrelacionados de dominação, que determinam a agência feminina, pode ser problemático. Muitas mulheres questionaram a ausência sistemática do racismo, da lesbofobia e da colonização na agenda feminista, problematizando o fato de que

ao redor do chamado à unidade do feminismo para lutar contra a opressão universal do patriarcado, as feministas – que desconheciam a opressão de raça e classe – postergaram e descartaram essas opressões e impediram ver sujeitos racializados, sexualizados e colonizados e a localização desses sujeitos em diferentes discursos racializados (hooks). Com efeito, entenderam que a categoria do patriarcado era uma forma de dominação masculina universal, ahistórica, essencialista e indiferenciada a respeito de raça ou classe social⁴⁴ (BIDASECA, 2011, p. 66).

⁴³ Tradução livre de: “no se hicieron explícitas las conexiones entre el género, la clase, y la heterossexualidad como racializados. Ese feminismo enfocó su lucha, y sus formas de conocer y teorizar, en contra de una caracterización de las mujeres como frágiles, débiles tanto corporal como mentalmente, reclusas al espacio privado, y como sexualmente pasivas. Pero no explicitó la relación entre estas características y la raza, ya que solamente construyen a la mujer blanca y burguesa. Dado el carácter hegemónico que alcanzó el análisis, no solamente no explicitó sino que ocultó la relación. Empezando el movimiento de “liberación de la mujer” con esa caracterización de la mujer como el blanco de la lucha, las feministas burguesas blancas se ocuparon de teorizar el sentido blanco de ser mujer como si todas las mujeres fueron blancas”.

⁴⁴ Tradução livre de: “En torno al llamado a la unidad del feminismo para luchar contra la opresión universal del patriarcado, las feministas – que desconocían la opresión de raza y clase – pospusieron y desecharon estas otras opresiones e impidieron ver sujetos racializados, sexualizados y colonizados y la ubicación de estos sujetos en diferentes discursos racializados (hooks). En efecto, encontraron que la categoría de patriarcado era una forma de dominación masculina universal, ahistórica, esencialista e indiferenciada respecto de la clase o la raza”.

María Lugones explica que as feministas não-brancas se moveram conceitualmente na direção de uma análise que enfatiza a interseccionalidade gênero/raça porque ela revela o que permanece oculto quando gênero e raça são conceituados separadamente. Como, em regra, as categorias são desenhadas homogeneamente a partir da seleção, como sua norma, do elemento dominante do grupo designado, a categoria “mulher” acaba designando mulheres brancas burguesas heterossexuais, ao passo em que a categoria “negro” designa homens heterossexuais negros – de tal forma que a própria separação categorial se presta a distorcer os seres e os fenômenos sociais que habitam fronteiras e intersecções (como as mulheres negras e a violência contra elas praticada): “na intersecção entre ‘mulher’ e ‘negro’ há uma ausência onde deveria estar a mulher negra precisamente porque nem ‘mulher’ nem ‘negro’ a incluem. A intersecção nos apresenta um vazio”⁴⁵, e o termo “mulher”, sem especificação de suas possíveis fusões, esconde parte da subalterização que a colonialidade do gênero implica (LUGONES, 2008, p. 82). Os aspectos que serão desvelados, no entanto, dependem do modo com que “gênero” seja conceitualizado dentro do modelo.

A crítica pós-colonial evoca a tensão entre a superação do colonialismo e a persistência da colonialidade, que regula tanto as identidades de sexo e gênero quanto as raciais e políticas (BIDASECA *et al.*, 2013, p. 5). Para Aníbal Quijano, a associação entre os fenômenos do etnocentrismo colonial e a classificação racial universal ajudam a explicar por que os europeus foram levados a se sentirem naturalmente superiores a todos os demais povos do mundo, produzindo uma nova perspectiva linear da história em que os povos colonizados foram recolocados como parte do passado de um contínuo de desenvolvimento histórico cujo ápice era a própria Europa (QUIJANO, 2000, p. 202). A experiência colonial não se limita à exploração material por parte da metrópole, mas possui uma dimensão simbólica enquanto sistema de representações que subsiste ao fim do colonialismo enquanto período histórico (BIDASECA *et al.*, 2013, p. 7). Nessa perspectiva,

a modernidade e a racionalidade foram imaginadas como experiências e produtos exclusivamente europeus. Desde esse ponto de vista, as relações intersubjetivas e culturais entre a Europa, ou seja, a Europa Ocidental, e o resto do mundo foram codificadas em todo um jogo de novas categorias: Oriente-Occidente, primitivo-civilizado, mágico/mítico-científico, irracional-razional, tradicional-moderno. Em suma, Europa e não-Europa. A única categoria, inclusive, com a honra de ser reconhecida como o Outro da Europa ou “Occidente” foi “Oriente”. Nem os “índios” da América, tampouco os “negros” da África. Estes eram simplesmente “primitivos”. Sob essa

⁴⁵ “En la intersección entre ‘mujer’ y ‘negro’ hay una ausencia donde debería estar la mujer negra precisamente porque ni ‘mujer’ ni ‘negro’ la incluyen. La intersección nos muestra un vacío”.

codificação das relações entre europeu e não-europeu, raça é, sem dúvida, a categoria básica⁴⁶ (QUIJANO, 2000, p. 203).

Em Quijano, no entanto, o gênero se reduz, segundo Lugones, à organização do sexo, de seus recursos e produtos – o que carrega pressuposições sobre a disputa por sobre o controle do sexo ser uma disputa entre homens sustentada em torno do controle sobre recursos pensados como femininos, de forma que as diferenças são pensadas nos mesmos termos em que a sociedade lê a biologia reprodutiva. O tratamento dado à intersexualidade ao longo da história, no entanto, mostra com clareza que não se pode pensar as desigualdades de gênero em termos essencializados. Os distintos indicadores biológicos empregados ao longo do tempo para designação do sexo “oficial” dos indivíduos, dentro de um paradigma binário que não admite ambiguidades, bem como os distintos critérios utilizados nesse paradigma para determinar para qual sexo seriam “convertidos” os indivíduos intersexuais – de acordo com o que se considera, em cada momento histórico, a “essência” de cada sexo biológico – mostram com clareza que a divisão sexual não está baseada na biologia:

Os indivíduos intersexuais foram reconhecidos em muitas sociedades anteriores à colonização sem que fossem assimilados à classificação sexual binária. É importante considerar as mudanças trazidas pela colonização para entender o alcance da organização do sexo e do gênero sob o colonialismo. [...] As correções substanciais e cosméticas sobre o biológico deixam claro que o “gênero” antecede os caracteres “biológicos” e os preenche de significado. A naturalização das diferenças sexuais é outro produto do uso moderno da ciência que Quijano sublinha para o caso da “raça”. É importante notar que as pessoas intersexuais não são corrigidas e normalizadas por todas as diferentes tradições. Por isso, assim como fazemos com outras questões, é importante se perguntar de que forma o dimorfismo sexual serviu, e serve, à exploração/dominação⁴⁷ (LUGONES, 2008, pp. 83-86).

⁴⁶ Tradução livre de: “la modernidad y la racionalidad fueron imaginadas como experiencias y productos exclusivamente europeos. Desde ese punto de vista, las relaciones intersubjetivas y culturales entre Europa, es decir Europa Occidental, y el resto del mundo, fueron codificadas en un juego entero de nuevas categorías: Oriente-Occidente, primitivo-civilizado, mágico/mítico-científico, irracional-racional, tradicional-moderno. En suma, Europa y no-Europa. Incluso así, la única categoría con el debido honor de ser reconocida como el Otro de Europa u “Occidente”, fue “Oriente”. No los “indios” de América, tampoco los “negros” del Africa. Estos eran simplemente “primitivos”. Por debajo de esa codificación de las relaciones entre europeo/no-europeo, raza es, sin duda, la categoría básica”.

⁴⁷ Tradução livre de “Los individuos intersexuales fueron reconocidos en muchas sociedades tribales con anterioridad a la colonización sin assimilarlos a la clasificación sexual binaria. Es importante considerar los cambios que la colonización trajo, para entender el alcance de la organización del sexo y el género bajo el colonialismo [...]. Las correcciones sustanciales y cosméticas sobre lo biológico dejan en claro que el “género” antecede los rasgos “biológicos” y los llena de significado. La naturalización de las diferencias sexuales es otro producto del uso moderno de la ciencia que Quijano subraya para el caso de la “raza”. Es importante notar que la gente intersexual no es corregida ni normalizada por todas las diferentes tradiciones. Por eso, como lo hacemos con otras suposiciones, es importante preguntarse de qué forma el diformismo sexual sirvió, y sirve, a la explotación/dominación”.

A articulação da crítica pós-colonial deve, nesse quadro, ser estendida à análise do modo com que a colonização introduz diferenças de gênero onde antes não havia nenhuma: muitas comunidades nativas da América eram matriarcais, reconheciam positivamente tanto a homossexualidade quanto o terceiro gênero, ou sequer tinham no gênero um princípio de organização social (LUGONES, 2008, p. 86-7). Não só a organização econômica e da autoridade coletiva estão implicadas pela colonialidade de gênero, mas também a produção do conhecimento e toda a concepção da realidade; a própria heterossexualidade compulsória é uma característica da construção colonial/moderna das relações de gênero, e entender o lugar do gênero nas sociedades precolombianas permite verificar a natureza e o alcance das mudanças na estrutura social impostas pelos processos constitutivos da mentalidade e da ciência eurocêntrica (LUGONES, 2008, p. 92). No caso brasileiro,

o discurso sobre identidade nacional possui essa dimensão escondida de gênero e raça. A teoria de superioridade racial teve na subordinação feminina seu elemento complementar. A expressiva massa de população mestiça, nascida da relação subordinada de mulheres escravas negras e indígenas com seus senhores, tornou-se um dos pilares estruturantes da decantada “democracia racial” brasileira (CARNEIRO, SUELI, 2002, p. 169).

É imprescindível, nesse quadro, que o enquadramento teórico de qualquer análise seja articulado de forma a desvelar elementos em geral ocultos na pesquisa acadêmica tradicional. Ilse Scherer-Warren enumera alguns princípios para a investigação e análise de práticas dialógicas dos movimentos sociais latino-americanos que caminham no sentido de superar formações discursivas discriminatórias da modernidade (2010, p. 21). É, nesse quadro, necessário que o intelectual faça uma análise crítica sobre o lugar da sua fala – ciente de que há uma memória hegemônica e oficial e uma memória coletiva daqueles que são oprimidos nas práticas sociais, juntamente com seus saberes historicamente subalternos, dos quais é preciso se aproximar (SCHERER-WARREN, 2010, p. 22). A autora aponta também a importância da relação entre a representação do social (em termos de abstração, teoria e discursividade) e a experiência dos representados (em termos de concreção, prática, vivência), pois a distinção entre ambas marca a desigualdade de poderes traçada entre os detentores dos códigos de figuração teórica que revestem os objetos de estudo de legitimidade acadêmica, e os sujeitos representados por esses códigos, sem direito a ser consultados sobre a validade das categorias que os descrevem e interpretam: o movimento indígena, por exemplo, cobra o conhecimento e o reconhecimento de sua cultura e história, em oposição a um modelo emancipatório universalizante capaz de reduzir a especificidade sociocultural indígena à categoria abstrata de cidadão (SCHERER-WARREN, 2010, p. 22).

Ambas as questões são extremamente importantes no que se refere à representação acadêmica dos movimentos sociais – e, em relação aos movimentos feministas, tem implicações tanto sobre a representação das feministas do “sul global” sob uma perspectiva hegemônica do norte, quanto sobre a representação homogeneizante das mulheres na perspectiva de um feminismo acadêmico “branco, heterossexual e de classe média”. Nesse ponto, é fundante a crítica de Chandra T. Mohanty (1984) à “obliterada perspectivação teórico-feminista a partir do Norte global” (MATOS, 2010, p. 74). Assim, por mais que possa ser problemático ou sofisticado o uso do termo “*colonization*” como um construto analítico, ele

quase invariavelmente implica uma relação de dominação estrutural, e uma supressão – às vezes violenta – da heterogeneidade do(s) sujeito(s) em questão. O que eu quero analisar é especificamente a produção da “Mulher do Terceiro Mundo” como um sujeito singular e monolítico em parte dos textos feministas (ocidentais) recentes. A definição de colonização que quero invocar aqui é predominantemente discursiva, focada num certo modo de apropriação e codificação “científica” do “conhecimento acadêmico” sobre mulheres no terceiro mundo por algumas categorias analíticas particulares empregadas em escritos específicos sobre o assunto que tomam como referencial os interesses feministas tal como articulados nos Estados Unidos e na Europa ocidental⁴⁸ (MOHANTY, 1984, p. 333).

Sem pretender tratar o próprio “feminismo ocidental” como monolítico, Mohanty utiliza o termo para apontar efeitos semelhantes nas estratégias textuais usadas por autoras específicas para codificar as “Outras” como não-ocidentais e implicitamente exaltar a si próprias como ocidentais – apontando, desde então, que essas estratégias (em suas limitações que ficam evidentes na construção supostamente consensual das prioridades em relação às quais as *Mulheres* devem se organizar), limitam a possibilidade de coalizão entre mulheres ocidentais e mulheres não-brancas ou proletárias (1984, p. 334). O uso do termo “Mulher” (com letra maiúscula) se refere à construção ideológica e cultural de um “Outro” por meio de representações diversas (científicas, jurídicas, linguísticas, artísticas, etc.), em oposição às “mulheres” (com letra minúscula) sujeitos reais de suas histórias coletivas. A relação entre mulheres como sujeitos históricos materiais e a representação da Mulher em discursos hegemônicos é arbitrariamente estabelecida por culturas específicas; no caso dos escritos feministas criticados por Mohanty, essa relação produz um composto monolítico “Mulher do

⁴⁸ Tradução livre de: “almost invariably implies a relation of structural domination, and a suppression – often violent – of the heterogeneity of the subject(s) in question. What I wish to analyze is specifically the production of the “Third World Woman” as a singular monolithic subject in some recent (Western) feminist texts. The definition of colonization I wish to invoke here is a predominantly discursive one, focusing on a certain mode of appropriation and codification of “scholarship” and “knowledge” about women in the third world by particular analytic categories employed in specific writings on the subject which take as their referent feminist interests as they have been articulated in the U.S. and Western Europe”.

Terceiro Mundo” que coloniza as heterogeneidades históricas e materiais dessas mulheres, com a aura de legitimidade do discurso humanista ocidental (MOHANTY, 1984, pp. 334-5).

Essa crítica é feita a partir da constatação de três princípios analíticos presentes nos discursos feministas Ocidentais: i) a afirmação de que as mulheres são um grupo já constituído, coeso e homogêneo, com desejos e interesses idênticos, a despeito de classe social, localização étnica ou racial – o que implica uma noção de gênero ou de diferença sexual que pode ser aplicada universalmente e em qualquer contexto cultural; ii) o uso acrítico de metodologias particularistas para fornecer “provas” dessa universalidade e onipresença da dominação patriarcal; e iii) como resultado das duas molduras de análise anteriores, a produção de uma noção homogênea da opressão das mulheres como um grupo – o que, por sua vez, produz uma representação específica da “mulher do Terceiro Mundo” como sexualmente reprimida, sem educação formal, pobre, tradicional, doméstica, orientada para a família, etc. Nesse quadro,

a denúncia de Mohanty situa-se, justamente, na necessidade de identificar nestas estratégias, que aparentemente seriam apenas de enunciação, como os feminismos ocidentais estariam se apropriando e efetivamente “colonizando” (portanto, oprimindo ou suprimindo), as complexidades fundamentais e os conflitos que seriam inerentes e que marcam a vida das mulheres de classes, raças, religiões, culturas e castas tão diferentes, em prol de uma visão binária e reducionista, e alocando-as invariavelmente na categoria de “as outras”. Já o convite que ela nos faz é o de se pensar como o feminismo acadêmico ocidental (assim como outros tipos de saberes) deveria(m) enfrentar o desafio de se situar e de examinar o papel efetivo que tem desempenhado no contexto econômico e político global (MATOS, 2010, p. 75).

O desafio proposto por uma abordagem epistemologicamente adequada e não homogeneizante dos feminismos num marco interseccional e pós-colonial não encontra respostas acabadas. Marta Sierra (2013) aborda as possibilidades e limitações da práxis feminista contemporânea, em particular em sua relação com a colonialidade do poder, valendo-se da figura do Mapa. O mapa surge como projeção da superfície esférica da terra sobre um plano que busca um olhar onipresente, capaz de abarcar a totalidade do espaço cartografado; representava, nesse quadro, uma soberania visual sobre o mundo, associada com o sujeito ilustrado: assim como qualquer campo disciplinar, o mapa se constrói a partir de um olhar desde acima, que tem o intuito de organizar o objeto a partir de relações de proximidade e distância; em sentido similar, é necessário fundamentar a práxis feminista em uma localização particular, mas também entender o local em sua relação com processos mais amplos, que atravessam distintas dinâmicas nacionais (SIERRA, 2013, p. 217). A interseccionalidade, segundo a autora, convida a pensar a experiência de lugar da mulher de cor que vive nos espaços paradoxais em que as fissuras da geografia onde “Norte” e “Sul” se intersectam: um “terceiro feminismo” é

caracterizado por uma cartografia da plurilocalidade – uma topografia móvel, feita de repositórios em que o sujeito subjugado pode habitar ou abandonar, o que permite a descolonização de suas condições reais de existências, pois o espaço de resistência do feminismo “só pode pensar a si mesmo como um espaço multidimensional, contingente e mutável, um espaço paradoxal que, ao contrário do que ocorre em um mapa bidimensional, aceita a coexistência em um mesmo lugar do centro e da margem, do interno e do externo”⁴⁹ (SIERRA, 2013, p. 221). Trata-se de “um mapa vulnerável que mais que dar definições, coloca o feminino como um interrogante, não como uma ‘constante unificadora e monointerpretativa’, um pivô contra-hegemônico ‘lançado contra o direito das culturas dominantes de falsificar universais’”⁵⁰ (SIERRA, 2013, p. 225). Sem negar o conhecimento acumulado nas ciências humanas no campo da análise das ações coletivas, é preciso avaliar sua validade no âmbito de cada contexto histórico e territorial, numa postura aberta ao reconhecimento e à compreensão das particularidades de cada sujeito concreto em cada contexto concreto, ainda que inseridas em amplas dinâmicas transnacionais.

2.3 Sujeitos do feminismo, sujeitos constitucionais: a questão da igualdade

O pensamento liberal clássico de corte iluminista é pautado por um sujeito social universal enquanto livre, autônomo e racional; um sujeito homogêneo, pautado por sua unidade. A crítica marxista já havia denunciado que o sujeito do liberalismo está preso ao interesse de classe da burguesia; pensadoras feministas agregaram mais uma crítica, no sentido de que, além de burguês, esse sujeito “é também masculino, portanto sua pretensa universalidade esconde, na verdade, sua especificidade” (MARIANO, 2012, p. 126). No capítulo anterior, buscamos apresentar alguns modos com que, por meio das noções de gênero, raça, colonialidade e interseccionalidade, distintas teóricas feministas latino-americanas chamam atenção para a necessidade de permanente abertura da categoria “mulher”, que, se pensada em sua artificial homogeneidade, acaba discursivamente centrada nos elementos dominantes da categoria: na experiência da mulher branca, do norte global, heterossexual, de classe média-alta, etc. A partir

⁴⁹ Tradução livre de: “sólo puede pensarse como un espacio multidimensional, contingente y cambiante, un espacio paradójico que contrariamente a lo que sucede en el mapa bidimensional, acepta la coexistencia en un mismo lugar del centro y el margen, el adentro y el afuera”.

⁵⁰ Tradução livre de: “Un mapa vulnerable que más que dar definiciones, plantea lo femenino como un interrogante y no como una “constante unificadora y monointerpretativa”, un pivote contra-hegemónico “lanzado contra el derecho de las culturas dominantes a falsificar universales”.

da crítica pós-colonial a um universal liberal e homogeneizante dos direitos humanos é necessário construir um novo universal pensado a partir do critério da diferença, da permanente abertura dos sujeitos de direitos humanos e fundamentais.

A crítica à adoção de uma categoria homogênea de “mulher”, no entanto, não pode levar à deslegitimação da realização de qualquer generalização ou de qualquer reivindicação política em nome das mulheres enquanto atrizes políticas. Cláudia de Lima Costa aponta que após o solapamento de categorias identitárias promovido pelo pós-estruturalismo, algumas tendências teóricas feministas passaram a desautorizar qualquer referência ao termo “mulher”, mesmo que empregado de modo provisional e sempre transitório: para escapar das possíveis armadilhas do essencialismo, alcançava-se um outro extremo em que é tolhido o próprio uso político da categoria (2002, p. 70). Para a autora, a crítica, embora pertinente, é mal direcionada:

Seu alvo é o nominalismo indefensável (e uma visão monolítica e estática de identidade), ao qual poucas das assim chamadas feministas pós-estruturalistas gostariam de se inscrever. [...] Deveria ser lembrado aqui que desafiar a coerência e a unidade da “mulher”, ou o poder explanatório dessa categoria – até mesmo afirmar que ela é, em princípio, uma categoria vazia ou uma ficção –, não nos faz cúmplices de um “feminismo ginocida” [um feminismo sem mulheres] [...]. O que está simplesmente sendo colocado é, em primeiro lugar, que a “mulher” é uma categoria histórica e heterogeneamente construída dentro de uma ampla gama de práticas e discursos, e sobre as quais o movimento das mulheres se fundamenta. [...] Dado o contexto conjuntural que acompanha certas exigências políticas, essa categoria é (e deveria continuar sendo) utilizada para articular as mulheres politicamente, reconhecendo-se, contudo, suas temporalidades e densidades divergentes. [...] Reconhecer a instabilidade semântica da categoria “mulheres” [...] nos posiciona nas regiões de formações histórico-discursivas, onde a história de uma categoria deve ser compreendida à luz da história de várias outras categorias (classe, raça, etnia, sexualidade, nação, entre outras) (COSTA, 2002, p. 70–2).

Segundo Butler, a crítica do sujeito não é a negação do sujeito ou o seu repúdio, mas um procedimento interrogativo dos processos através dos quais o sujeito é construído como uma premissa tomada de antemão. Qualquer tentativa de desenhar um sujeito uno e universal do feminismo é, para a autora, sabotada pelas restrições inerentes ao discurso representacional, na medida em que o estabelecimento de uma categoria estável resulta em múltiplas recusas à aceitação dessa categoria, revelando a dimensão coercitiva e reguladora dessa construção, ainda que elaborada com propósitos emancipatórios (BUTLER, 2012, p. 21–2). A política representacional, no entanto, é inescapável, na medida em que as estruturas jurídicas da linguagem e da política são constitutivas do campo do poder: não há posição fora do campo e “a tarefa é justamente formular, no interior dessa estrutura constituída, uma crítica às categorias de identidade que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e

imobilizam” (BUTLER, 2012, p. 22). O “sujeito” é e continua sendo uma questão crucial para a política, em especial para a política feminista, uma vez que

os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não “aparecem”, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política. Em outras palavras, a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. [...] Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de “sujeito perante a lei”, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subsequentemente, a própria hegemonia reguladora da lei. Não basta inquirir como as mulheres podem se fazer representar mais plenamente na linguagem e na política. A crítica feminista também deve compreender como a categoria das “mulheres”, o sujeito do feminismo, é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais se busca emancipação (BUTLER, 2012, p. 19).

Conforme coloca Giacomo Marramao, desde suas origens, a ideia europeia de *humanitas* opera a partir de um dispositivo de inclusão e exclusão: na medida em que a noção de *humanidade* se coloca como fundamento do universal jurídico dos direitos humanos, a feição da universalidade invocada depende do modo com que o discurso sobre os direitos humanos concebe os seus sujeitos – o que também pode ser dito em relação aos direitos fundamentais. O termo “humano”, conforme historicamente definido, não inclui facilmente lésbicas, gays e mulheres, e os limites convencionais do “humano”, que buscam estabelecer as fronteiras do alcance universal do direito internacional, são desafiados pela mobilização política desses grupos: as normas convencionais e excludentes de universalidade podem ser desafiadas por formulações não convencionais de universalidade que expõem esses caracteres limitados e excludentes, ao mesmo tempo em que produzem um novos tipos de demandas (BUTLER, 2003, p. 46–7). Nesse quadro, Michel Rosenfeld propõe um instrumental teórico extremamente útil que permite, a um só tempo, perceber o constitucionalismo democrático como processo histórico permanentemente inconcluso e, ao mesmo tempo, analisar o modo com que o sentido dos direitos constitucionais é construído e reconstruído não na forma ideal transcendente puramente abstrato, mas, sim, de forma imanente à própria facticidade social – a um contexto conflituoso de disputas hermenêuticas sobre o próprio sentido insaturável desses direitos, que transcorre por meio da luta pelo reconhecimento dos seus sujeitos.

Constituições em sentido moderno, entendidas como documentos que plasmam a ordenação sistemática de uma comunidade política, têm desde as revoluções burguesas do século XVII duas funções primordiais: organizar o Estado, com a separação e delimitação dos poderes políticos, e declarar os direitos fundamentais dos cidadãos, ressaltando-os da

ingerência dos poderes constituídos (FERNANDES, 2013, p. 27–38). Aponta Rosenfeld que não é mera coincidência histórica o fato de que, desde as Revoluções francesa e norte-americana, Constituições são concebidas como declarações fundamentais que “o povo” impõe sobre si mesmo: em ambos os casos, o colapso de sociedades estamentais hierarquicamente ordenadas e religiosamente fundamentadas deu espaço para a reorganização das comunidades políticas em novas ordens horizontais (ROSENFELD, 2010, p. 17). No entanto, pelo menos três questões permanecem em aberto: *quem* deve estar submetido a determinado regime jurídico-constitucional; *o que* uma Constituição deve abranger e proteger; e *como* essa Constituição deve ser imposta sobre e legitimada por aqueles a que se refere (ROSENFELD, 2010, p. 3).

Constituições repousam num paradoxo porque o “nós” que dá a si mesmo uma Constituição deve projetar algo para além de si mesmo e se comprometer contra parte do que previamente compunha sua identidade, repudiando, p. ex., o *ancién régime* (ROSENFELD, 2010, p. 11) ou, no caso das constitucionalismos latino-americanos das décadas mais recentes, uma estrutura civil-militar autoritária de organização do poder. Mais além, esse “nós” deve adotar medidas de autocontenção justamente contra algumas de suas tendências mais pronunciadas (não é senão em face de um histórico de autoritarismo, violência e desigualdade que a Constituição brasileira se pronuncia de maneira tão contumaz quanto à proteção de direitos fundamentais, políticos e sociais). No entanto, ainda que uma constituição deva ser em parte estabelecida contra elementos da prévia identidade do grupo constituinte, ela não pode dar uma guinada tão grande a ponto de se tornar incapaz de genuína implementação – ou seja, de ser apropriada pelos cidadãos para a expressão de sua vontade política (ROSENFELD, 2010, p. 11). Uma identidade constitucional emerge desses paradoxos em que se assenta: ela é ao mesmo tempo produzida por e dependente das identidades pré-constitucionais, extra-constitucionais e nacionais com as quais deve ser consistente e das quais deve, ao mesmo tempo, se diferenciar – com as quais permanece, dessa forma, em uma relação tensa e dinâmica (ROSENFELD, 2010, p. 12).

A noção de sujeito constitucional, para Rosenfeld, é extremamente ambígua, pois pode se referir tanto aos constituintes – aos que elaboram a Constituição – àqueles sujeitos à Constituição ou à matéria constitucional [*the subject-matter* – o assunto, o tema, a disciplina constitucional] (2010, p. 18). Para Rosenfeld, a ideia de um contrato social contrafático pode ser tomada de modo heurístico para lançar luzes sobre a questão, especificamente sobre quem pertence a determinado pacto constitucional; sobre o que se concordou nesse pacto; e quais

direitos e obrigações são titularizados por aqueles sujeitos à Constituição pactuada (ROSENFELD, 2010, p. 20). Assim, a promessa contrafática de autolegislação democrática e de concessão de iguais direitos subjetivos de liberdade, ancorada tanto na razoabilidade dos termos pactados quanto na aquiescência histórica de determinada população aos princípios do constitucionalismo, gera uma permanente tensão entre tradição e normatividade – que aponta permanentemente para além dessa mesma tradição. Os cidadãos podem empreender esforços para mais bem alinhar uma constituição ancorada em suas tradições com os princípios do constitucionalismo, sem nunca alcançar, no entanto, um alinhamento puro. No âmbito dessa relação tensa entre tradição e normatividade, o sujeito constitucional é ao mesmo tempo quem elabora a Constituição, aqueles aos quais a Constituição se dirige e aqueles que preenchem a Constituição de sentido, projetando-se no texto constitucional para especificar seu significado sempre inesgotável.

Abordar o sujeito constitucional (o sujeito do discurso sobre direitos constitucionais, bem como a matéria sujeita a esse discurso) no que diz respeito às lutas políticas pelo reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres, inclusive dos direitos sexuais e reprodutivos, pode ser uma atividade sinuosa. Isso porque o discurso sobre direitos fundamentais pressupõe e delimita – muitas vezes de modo furtivo e não problematizado – o seu sujeito. O discurso jurídico sobre direitos humanos e fundamentais das mulheres deve ter o cuidado de problematizar e desvelar qual é o sujeito que ele constrói em sua própria enunciação. Uma identidade constitucional é construída, reconstruída e desconstruída, em todas as suas dimensões (*quem, para quem e o quê* – que conecta as duas dimensões anteriores) em um processo dinâmico, dialético, conflituoso e inesgotável. O sujeito constitucional só pode adquirir identidade no domínio intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional, mas nem os constituintes, nem os intérpretes da Constituição, nem os que se encontram sujeitos às suas prescrições são, propriamente falando, o sujeito constitucional (ROSENFELD, 2010, p. 41). A própria questão acerca do sujeito e da matéria constitucional é provocada porque encontraremos um vazio onde quer que busquemos um fundamento último de validade para a ordem constitucional (ROSENFELD, 2015, p. 36). O sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões, sempre precárias e contingentes, de sua auto-identidade, no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.

Entendidos, assim, os discursos constitucionais como discursos sobre qual é o sentido e extensão dos direitos fundamentais e humanos que nos reconhecemos reciprocamente como

impositivos, para que possamos regular legitimamente nossa convivência por meio do direito, Rosenfeld propõe que a construção e reconstrução, por meio dos discursos constitucionais, de determinada identidade constitucional, simultaneamente distinta e dependente das múltiplas identidades individuais e coletivas em que está apoiada, perpassa três eixos discursivos principais: negação, metáfora e metonímia.

O papel da *negação* na formação da identidade dos sujeitos constitucionais é complexo e multifacetado. Envolve, num primeiro estágio, a renúncia a outras identidades relevantes, que posteriormente são seletivamente reincorporadas, combinadas de modos distintos e ocupando diferentes posições daquelas pré-constitucionais (ROSENFELD, 2010, pp. 46-48). Dessa forma, o sujeito constitucional pode perceber o desenvolvimento de sua identidade positiva como, em última instância, moldada por sua própria vontade, pela negação da negação, em que o material rústico originado fora da esfera constitucional é submetido às restrições do constitucionalismo (ROSENFELD, 2010, p. 49).

Ao passo em que a negação é importante, uma vez que a identidade constitucional só pode ser concebida em termos do que ela *não é*, a *metáfora*, por sua vez, é essencial para a interação entre identidade e diferença que sustenta a busca do sujeito constitucional por uma autoidentificação positiva. Como uma ferramenta desenhada para fornecer as bases discursivas para o polo da identidade na dialética identidade/diferença, a metáfora, por meio de um processo de combinação e substituição, desvela similaridades e equivalências para forjar conexões de identidade (ROSENFELD, 2010, p. 51). No âmbito dos discursos constitucionais, a metáfora contribui para estabelecer “pontos cardinais de referência” da ordem constitucional; desde a referência à “igualdade” de “todos os homens” subjacente ao postulado da igualdade sobre o qual o constitucionalismo moderno repousa, diversos ideais constitucionais estão baseados em discursos metafóricos (ROSENFELD, 2010, p. 52). Discursos metafóricos podem ser empregados tanto para estender quanto para restringir direitos humanos e fundamentais: o postulado de que “homens e mulheres são iguais perante a lei em direitos e obrigações” resulta da ênfase na similaridade dos sexos, impedindo, a princípio, que a diferença sexual seja utilizada como fundamento para tratamento discriminatório; o discurso metafórico com ênfase na igualdade entre negras e brancas enquanto absoluta identidade, por outro lado, fundamentou a propositura, pelo Partido Democratas (DEM), da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, em que se questionavam atos administrativos do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (Cepe/UnB) que determinaram a reserva de

20% das vagas oferecidas pela universidade para alunos negros – ação julgada improcedente pelo STF à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski.

Em contraste com a persecução metafórica de buscar similaridades em relação a um código de maneira tendencialmente descontextualizada, a metonímia procura relações de adjacência num mesmo contexto, com tendência à contextualização (ROSENFELD, 2010, p. 53). No discurso constitucional, a metonímia evoca diferenças contextuais, chamando atenção tanto quanto possível para detalhes concretos específicos. Assim como discursos metafóricos, discursos metonímicos podem ser empregados tanto para estender como para restringir direitos constitucionais, dependendo das circunstâncias (ROSENFELD, 2010, p. 55): ao passo em que a dupla jornada de trabalho a que a mulher está em geral submetida, em função da divisão sexual do trabalho, fundamenta um tratamento diferenciado no que diz respeito a direitos previdenciários, o recurso metonímico que põe relevo numa compreensão naturalizada de que pertence à mulher o exercício das funções reprodutivas fundamenta, no Brasil, uma completa disparidade quanto ao tempo oferecido para usufruto de licença maternidade ou paternidade. O discurso metonímico é indispensável para a definição de uma identidade constitucional porque, na medida em que o constitucionalismo implica pluralismo e heterogeneidade, ele deve incorporar também diferenças, através da contextualização, para evitar a subordinação de uns pelos outros (ROSENFELD, 2010, p. 56).

Em Rosenfeld, por meio do instrumental discursivo da negação, da metáfora e da metonímia, igualdade e diferença não se distanciam em polos antagônicos, mas permanecem em permanente tensão, na medida em que os discursos sobre a(s) identidade do(s) sujeito(s) constitucional(is) forjam conexões identitárias ou diferencialistas sempre contextuais, tensas e polêmicas – numa atividade que está sempre pressuposta em qualquer discurso sobre direitos fundamentais. Contra uma concepção jusnaturalista e essencialista dos direitos humanos e fundamentais, Rosenfeld demonstra que não há soluções “neutras” e “objetivas” para problemas morais controversos no interior da sociedade; ao contrário, os conceitos centrais do Direito Constitucional são permanentemente disputados na esfera pública política. O instrumental analítico proposto por Rosenfeld é extremamente útil porque permite radicar a pesquisa jurídica em direitos fundamentais na análise dos discursos dos próprios participantes da prática interpretativa que é o direito. Isso evita que a pesquisa sobre direitos fundamentais seja conduzida numa perspectiva que, típica de uma teoria jurídica especializada em questões normativas, vê um hiato entre um ideal fixo e de existência autônoma presente nos direitos fundamentais e uma realidade que busca se adequar a esse ideal – como se os direitos

fundamentais tivessem uma essência e uma existência autônoma em relação à sociedade que os projeta. É urgente que a pesquisa jurídica em matéria de direitos fundamentais esteja dotada de um instrumental teórico mais sofisticado para lidar com a complexa problemática que envolve a legitimidade e a efetividade constitucionais⁵¹. No âmbito da Teoria Constitucional brasileira, mostra-se necessário superar algumas visões teóricas que, ancoradas em uma visão dualista e presa à metafísica dos dois mundos sobre a relação entre realidade e idealidade, recepcionam a “classificação ontológica das constituições” de Lowenstein para criticar a inefetividade das normas constitucionais de uma forma que, para além epistemologicamente equivocada, contribui para agravar os problemas que busca denunciar, uma vez que fecha os olhos para a conexão entre experiências de injustiça e as pretensões normativas que, de forma imanente, histórica e contingente, são em face delas formuladas pelos próprios participantes de determinada prática social, apontando justamente para as condições necessárias para a superação da situação de inefetividade denunciada.

Lowenstein (1976) tece uma crítica às classificações tradicionais das Constituições, operantes a partir de dualismos como constituição rígida ou flexível, constituição escrita ou não-escrita, etc. (que, diga-se de passagem, ainda encontram ampla ressonância na doutrina nacional), apontando que além de essas classificações terem perdido seu potencial explicativo, em função da progressiva hegemonia alcançada mundialmente pelo modelo constitucional europeu-continental, elas partem de uma análise limitada ao texto, ao esqueleto normativo das Constituições (em suma, aos seus aspectos formais), o que nada acrescentaria do ponto de vista de uma reflexão *crítica* sobre o sentido das Constituições e do Constitucionalismo (p. 206-17). As classificações tradicionais nada diriam sobre o que realmente *é* uma Constituição, em seu respectivo contexto. Daí a proposta de uma classificação *ontológica*, relativa ao *ser* das Constituições, que buscará avaliar se há *correspondência*, uma relação de *concordância* entre texto constitucional e realidade social – pois o texto normativo, por mais que perfeito, pode não corresponder em nada à realidade social a que supostamente deve ser aplicado:

Ao invés de analisar a essência e o conteúdo das constituições, o critério de análise ontológico está radicado na concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder. Seu ponto de partida é a tese de que uma constituição escrita não funciona por si própria, uma vez que tenha sido adotada pelo povo, senão que uma constituição é o que os detentores e destinatários do poder dela fazem na prática. Em ampla medida, a questão fundamental sobre se a conformação específica do poder se fará realidade

⁵¹ Essa é uma questão que vem sendo reiteradamente destacada na obra dos Professores Menelick de Carvalho Neto, da UnB (ver, p. ex., 2004) e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2006, 2007a, 2012b).

depende do meio social e político em que a constituição tem que valer⁵² (LOWENSTEIN, 1976, p. 217).

Nesse quadro, Lowenstein classifica as Constituições em “normativas”, “nominais” e “semânticas” a partir de duas variáveis: legitimidade e efetividade. As Constituições “normativas” seriam aquelas efetivamente capazes de conduzir os processos de poder e de traduzir os anseios de justiça dos seus cidadãos; típicas dos países centrais, como Estados Unidos e países da Europa ocidental, essas Constituições seriam legítimas e eficazes, posto que verificada uma relação de correspondência entre o texto constitucional e a realidade dos cidadãos. Constituições “nominais” seriam aquelas em que não há correspondência entre o texto constitucional e a realidade social; a Constituição é legítima, mas ineficaz, e é conduzida pelos processos de poder – e não o contrário. Embora Constituições nominais sejam ineficazes, elas possuiriam, não obstante, um caráter *pedagógico, educativo*, e poderiam iluminar os caminhos para que, no futuro, elas próprias pudessem se tornar constituições normativas. As Constituições semânticas, por fim, seriam um disfarce que dá aparência de legitimidade a um regime autoritário; nesse sentido, gozariam de efetividade, mas não de legitimidade. A tipologia de Lowenstein, presente na maior parte dos manuais de Direito Constitucional e Teoria da Constituição nacionais, é diretamente recepcionada por Marcelo Neves em sua teoria sobre a constitucionalização simbólica (1994, 2013).

O que Lowenstein não percebe é que todo ideal é linguisticamente mediado e, portanto, imanente à própria e complexa historicidade de determinada realidade social: não há nem um “ideal fixo” do constitucionalismo ao qual distintas realidades sociais tentam se adequar, nem a própria interpretação da realidade é imediatamente acessível (isenta de uma dimensão hermenêutica e valorativa) a um teórico que busca verificar sua “adequação” a esse ideal supostamente fixo do constitucionalismo (há quem diga, por exemplo, que no Brasil vivemos uma democracia racial). Não existe uma essência descontextualizada dos direitos fundamentais; dessa forma, não faz sentido falar na efetividade de um princípio constitucional (ou mesmo de toda uma Constituição) sem que antes se tenha delineado qual é o sentido desse princípio. O conteúdo de princípios como liberdade e igualdade não é dado, mas está em permanente disputa.

⁵² Tradução livre de “En lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio de análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. Su punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica. En una amplia medida, la cuestión fundamental sobre si se hará realidad la conformación específica del poder depende del medio social y político donde la constitución tiene que valer”.

Na esteira da “classificação ontológica das Constituições” de Lowenstein, as democracias do norte global são idealizadas como reino da efetividade constitucional e a pecha de inefetividade é acriticamente atribuída às Constituições dos países periféricos, na medida em que a realidade social desses países é generalizada como um obstáculo intransponível à concretização dos ideais da democracia constitucional. A “classificação ontológica” generaliza e simplifica o problema da efetividade dos direitos fundamentais, taxando *aprioristicamente* as constituições dos Estados periféricos. Como demonstramos, a própria forma com que a questão é colocada carece de sentido, pois trata o conteúdo dos direitos carentes de concretização como um dado imediato e não como um problema. Onde é mais efetivo o direito à saúde para uma portadora de HIV, Brasil ou nos Estados Unidos? Qual é o sentido da liberdade religiosa na França? O que se entende por liberdade de expressão nos Estados Unidos? De que formas e em que contextos esses conceitos estão em disputa, em todos esses países? Esse tipo de discussão não deve necessariamente anteceder qualquer afirmação categórica de que os direitos fundamentais conduzem efetivamente os processos de poder nos países centrais, mas não na “periferia”?

Além disso, perspectivas ancoradas no dualismo presente na classificação ontológica das constituições agravam os problemas de inefetividade que buscam denunciar, já que fecham os olhos para o modo com que, em face de uma realidade excludente, a cidadania formula e se apropria, de modo contingente, dos ideais constitucionais que apontam para além dessa mesma realidade. Essa perspectiva, na forma adotada por Marcelo Neves, tem uma aparência crítica porque, supostamente, está denunciando a “hipertrofia da força simbólica” dos direitos fundamentais em detrimento da sua concreção normativa, causada pelas condições socioeconômicas, políticas e culturais deficientes dos países periféricos, assim genericamente consideradas (NEVES, 2003, p. 165). Entretanto, qual é a finalidade prática dessa análise? Em que uma tal perspectiva contribui para o aperfeiçoamento das nossas práticas políticas e sociais? A “crítica” que emerge desse quadro analítico tem caráter apologético, pois o caráter deficiente da realidade do sul global, tomado como um pressuposto não problematizado, determina desde o princípio a inefetividade inescapável do nosso sistema constitucional. O que resta a fazer, diante de um diagnóstico tão totalizante? Não fizemos nada nos últimos 30 anos?

A crítica à inefetividade das normas constitucionais deve partir das experiências dos próprios afetados por essas normas, buscando compreender de que forma é justamente em face de uma realidade excludente que os ideais constitucionais são interpretados e reivindicados. Em

outras palavras, uma operação efetivamente crítica deve compreender de que forma os direitos constitucionais se colocam como um referencial crítico imanente a cada realidade concreta, pois

uma mudança paradigmática do sentido normativo dos direitos fundamentais – enquanto princípios insaturáveis e interpretáveis de modo construtivo – realiza-se publicamente por meio de uma luta por reconhecimento de novos sujeitos e de direitos. São lutas por reconhecimento que colocam em questão compreensões paradigmáticas em disputa acerca do Direito e, assim, podem mobilizar a opinião pública a protestar diante de situações de desrespeito, de discriminação e de exclusão, visando não apenas influenciar o processo de tomada de decisões, mas também dele legitimamente participar (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012a, p. 12).

A constitucionalização não é um dado, não possui essências, mas pode ser reconstruída como um processo não linear e descontínuo de lutas políticas por reconhecimento e de aprendizagem social com o direito que se realiza na história – um processo sujeito a retrocessos, mas capaz de se autocorriger na dimensão do tempo histórico.

Em texto seminal, Joan Scott demonstra que a dinâmica de funcionamento da construção da igualdade é permanente, histórica e insaturável. A construção da igualdade exige que o universalismo dos direitos humanos se feche no polo da igualdade hipotética entre todos os seres humanos, mas tampouco pode funcionar diluída num contextualismo extremo que nega a possibilidade de afirmação de direitos por meio da generalização de alguns de seus sujeitos. Há uma tensão permanente entre identidade e diferença, entre direitos individuais e identidades de grupo, que se resolve sempre de modo precário e contingente na história, mas que não pode ser resolvida permanentemente, *a priori* ou de modo descontextualizado. Quaisquer direitos pensados como direitos de *grupos específicos*, em função de diferenças contextualmente consideradas, gera um novo campo de tensão, na medida em que essa generalização não é capaz de abarcar todas as pessoas que inclui. Igualdade e diferença, assim, não são conceitos opostos, mas conceitos interdependentes, em permanente tensão, uma tensão que se resolve tão somente de modo precário e contextual: a escolha entre identidade ou diferença, entre indivíduos e grupos, não é uma escolha ética atemporal, mas precisa ser analisada nas suas incorporações políticas particulares (SCOTT, 2005, p. 14). A igualdade, assim, é definida numa série de paradoxos (de proposições que não podem ser resolvidas) entre polos em permanente tensão.

Segundo Marlise Matos,

pensar simultaneamente por meio desses paradoxos, de sua simultaneidade e complexidade significa repor constantemente o lugar da nova forma de apreensão do pluriversal: histórica, multicultural, transfronteiriça, emancipatória e contingentemente é que se pretende que qualquer afirmação dos eixos do paradoxo nunca seja, ou possa vir a ser, definitivamente

resolvida. Trata-se de uma forma de pensar o universal em constante e inacabado movimento, no qual seria justamente a tensão entre os múltiplos eixos aquilo que os movimentaria (2012, p. 55).

O primeiro dos paradoxos sugeridos por Scott (2005, p. 14) é o de que a igualdade é um princípio absoluto *e* uma prática historicamente contingente: “não é a ausência ou eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou levá-la em consideração”, e os atributos explícitos ou implícitos que fornecem modelos para a construção da igualdade, enquanto princípio universal, são produtos históricos percebidos e disputados politicamente. Em segundo lugar, a autora propõe que “identidades de grupo definem indivíduos *e* renegam a percepção e expressão plena de sua individualidade”: reivindicações por igualdade são feitas em nome de grupos, com os quais os indivíduos exercem relações de identificação que promovem apoio e solidariedade, mas transforma indivíduos, enquanto objetos de discriminação, em estereótipos: “identidades coletivas são formas inescapáveis de organização social que [...] são inevitavelmente politicizadas como um meio tanto de discriminação como de protesto contra a discriminação, [...] são um meio através do qual e contra o qual identidades individuais são articuladas” (SCOTT, 2005, p. 20). Por fim, Scott propõe que “reivindicações de igualdade envolvem a aceitação *e* a rejeição da identidade de grupo atribuída pela discriminação”: lutas feministas contra a exclusão da mulher da política, por exemplo, produzem a própria diferença sexual que buscam eliminar ao invoca-la para reputá-la irrelevante enquanto critério discriminador naquele espaço, de forma que os termos de exclusão em que se baseia a discriminação, para que sejam negados, devem ser reproduzidos nas demandas por inclusão (2005, p. 21–2). Nesse quadro,

a tensão entre identidade de grupo e identidade individual não pode ser resolvida; ela é uma consequência das formas pelas quais a diferença é utilizada para organizar a vida social. Segue-se dessa observação que tentativas de fazer cumprir políticas que escolhem uma ou outra posição – grupos ou indivíduos – não são somente desaconselháveis, mas impossíveis de implementar. [...] Se identidades de grupo são um fato da existência social e se as possibilidades de identidades individuais repousam sobre elas tanto em sentido positivo quanto negativo, então não faz sentido tentar acabar com os grupos ou propositadamente ignorar sua existência em nome dos direitos dos indivíduos. Faz mais sentido perguntar como os processos de diferenciação social operam e desenvolver análises de igualdade e discriminação que tratem as identidades não como entidades eternas, mas como efeitos de processos políticos e sociais. Em quais circunstâncias a diferença entre os sexos importa para a política? [...] Essas questões presumem que a identidade é um processo complexo e contingente suscetível a transformações. Elas também subentendem que a política é a negociação de identidades e dos termos de diferença entre elas. [...] É precisamente onde os problemas são mais intratáveis e menos passíveis de resolução que a política mais importa. A política tem sido descrita como a arte do possível; eu preferiria chamá-la de

negociação do impossível, a tentativa de chegar a soluções que – em sociedades democráticas – aproximam os princípios da justiça e da igualdade, mas que só pode sempre falhar, deixando assim aberta a oportunidade de novas formulações, novos arranjos sociais, novas negociações. As melhores soluções políticas na atualidade reconhecem os perigos de insistir em uma solução final e totalizante⁵³ (SCOTT, 2005, p. 23–9).

Embora onipresente em quase todos os sistemas constitucionais do mundo, o princípio da igualdade é, em suma, *evasivo*. O conceito dificilmente pode ser precisado, na medida em que se refere a disputas sobre seu objeto e sobre seu âmbito adequado – quem deve ser tratado igualmente, em relação a quem e a quê? (ROSENFELD, 1998, p. 442–3) – e qualquer definição sobre seu conteúdo é sempre provisória.

O constitucionalismo democrático está baseado no reconhecimento intersubjetivo de princípios constitucionais, que se tornam disponíveis para seu emprego crítico. Há a estabilização de um consenso aparente e frágil ao redor do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais que possibilitam a convivência democrática numa comunidade constitucional, mas esse consenso superficial é estremecido pelo ajuizamento de pretensões de validade criticáveis e controversas sobre o conteúdo desses direitos: à luz desses princípios jurídicos intersubjetivamente reconhecidos, os cidadãos adquirem razões legítimas para lutar contra organizações, normas e práticas injustas, pressionando politicamente por uma interpretação e uma implementação ainda mais exaustiva do sistema de direitos humanos e fundamentais (HABERMAS, 2003b, p. 188). A democracia é um processo permanentemente inacabado na medida em que os direitos humanos e fundamentais não possuem essências que, em determinado momento, poderiam encontrar-se plenamente implementadas. Qualquer pretensão de validade levantada sobre o conteúdo de direitos humanos e fundamentais é necessariamente contingente, precária, em função das restrições inerentes a qualquer discurso representacional: discursos jurídicos pressupõem e constroem sujeitos de direitos que afirmam meramente

⁵³ Conforme coloca a Professora Marlise Matos, “o que se coloca de novo pela pauta desse campo recentemente forjado pelos estudos de gênero e feministas é a questão da diversidade e do pluralismo numa visada complexa e paradoxal, por imediata oposição aos binarismos de todas as ordens. Ser o que se é e ao mesmo tempo não sê-lo – enquanto um construto ou um projeto, assim como as identidades de gênero, o campo de gênero nunca adere definitivamente às caracterizações socialmente construídas, mas também não escapa definitivamente delas; relaciona-se com elas. No nível individual assim como no coletivo, as identidades são, a um só tempo e complexamente, emancipatórias e passíveis de ontologização e reificação; são constitutivas dos sujeitos ao mesmo tempo em que elas se constituem através e por intermédio deles, ou seja, são projetos inconstantes e em aberto. Seja no plano da afirmação de um movimento de libertação para as mulheres, seja no plano da discussão epistemológica ou científica, o *campo de gênero e feminista* adicionou a gota que faltava para derramar do copo: identidades sob alguma rubrica unificadora, como pontos de partida, são projetos colonizadores da radicalidade inexaurível do ser, do sujeito (que não pode ter morrido, pois ainda nem sequer nasceu para a radicalidade da sua emancipação); são re-significações e re-inscrições que estão permanentemente abertas, porosas, complexas, paradoxais” (MATOS, 2008, p. 334–5).

representar, mas o estabelecimento de qualquer categoria estável resulta em múltiplas recusas aos limites dessas categorias, que, embora inerentes às estruturas da linguagem e da política, só podem ser estabilizadas violentamente, ao custo da imposição artificial de sujeito particularista, tomado ou não por supostamente homogêneo e universal (BUTLER, 2012, p. 21–2). A democracia constitucional não exige, dessa forma, um consenso forte, substantivo, sobre o conteúdo dos princípios do constitucionalismo, nem tampouco exige apego à ideia de direitos naturais pré-políticos: os direitos fundamentais são inescapavelmente inconclusos, insaturáveis, abertos a novos desdobramentos na medida em que se colocam como objeto de disputas políticas e sociais.

2.4 Da ideia de gênero como referencial normativo para a pesquisa jurídica em direitos humanos e fundamentais: gênero, sujeito e identidade

Joan Scott é uma autora bastante citada por professoras brasileiras, tanto em função dos avanços teóricos que consolidou, com a articulação da definição do conceito de gênero à noção de poder e com o destaque dado à historicidade da categoria (BITENCOURT, 2013, p. 180). Segundo Lucila Scavone,

Scott dialoga com autores pós-estruturalistas como Michel Foucault e Gilles Deleuze e critica com eles a ideia iluminista da existência de um sujeito único universal com características biológicas consideradas a-históricas, que fundamentam os discursos da dominação masculina. Ao propor o uso da categoria Gênero para a análise histórica – e, por decorrência, para as Ciências Sociais –, pretende compreender e explicar significativamente o caráter relacional, transversal e variável dessa categoria analítica. Gênero é uma categoria de análise histórica, cultural e política, e expressa relações de poder, o que possibilita utilizá-la em termos de diferentes sistemas de gênero e na relação desses com outras categorias, como raça, classe ou etnia, e, também, levar em conta a possibilidade da mudança (2008a, p. 179–80).

Segundo Joan Scott (1986, 1991), o termo gênero, que originalmente estava dicionarizado como um conceito de uso essencialmente gramatical, passou a ser empregado na enciclopédia das ciências sociais por teóricas que buscavam insistir em três questões fundamentais: no caráter eminentemente social das distinções baseadas no sexo, indicando uma rejeição ao determinismo biológico implícito nos termos “sexo” ou “diferença sexual”; o aspecto relacional das definições de feminilidades; e a defesa de que a pesquisa sobre as mulheres transformaria internamente os paradigmas de distintos campos disciplinares (1991, p. 2–3). O alcance desses objetivos, no entanto, dependia de como o gênero pudesse ser

desenvolvido como uma categoria de análise social: se um termo como “classe” possui conotações mais ou menos estabilizadas – mesmo que transitando entre perspectivas mais weberianas ou marxianas – “gênero” é um termo cujo uso transborda uma série de posições teóricas ou referências descritivas sobre o relacionamento entre os sexos (SCOTT, 1986, p. 1055).

As abordagens utilizadas sobre os historiadores acerca do termo gênero, segundo Scott, se dividem em duas categorias principais: uma *descritiva* e uma *causal*. Da perspectiva *descritiva*, o termo era utilizado como sinônimo de “mulheres” (i) para denotar maior objetividade ao trabalho e afastá-lo “da política – (pretensiosamente escandalosa) – do feminismo”; (ii) para sugerir o caráter relacional da informação a respeito das mulheres e dos homens, cujo estudo é reciprocamente implicado; e (iii) para rejeitar explicitamente as justificativas biológicas para as diferenças percebidas entre homens e mulheres (SCOTT, 1986, p. 6–7). Os usos descritivos do termo gênero foram utilizados, no mais das vezes, para mapear um novo terreno, que dizia respeito a domínios estruturais e ideológicos em que a relação entre os sexos está em evidência (como famílias, crianças, sexualidade, etc.); nesse uso descritivo, o conceito é associado ao estudo das coisas ligadas às mulheres, e dessa forma continua irrelevante para historiadores envolvidos com o político e o poder; além disso, “mesmo se nesse uso o termo ‘gênero’ afirma que as relações entre os sexos são sociais, ele não diz nada sobre as razões pelas quais essas relações são construídas como são; ele não diz como elas funcionam ou como elas mudam” (SCOTT, 1991, p. 7–8).

Conscientes dessas limitações, historiadores buscaram teorias que pudessem explicar o conceito de gênero e a mudança histórica; nessa categoria *causal*, segundo Scott, de modo bastante sintético podem ser encontradas três posições teóricas principais: as teorias do patriarcado; as teorias que buscam na tradição marxista um compromisso com as críticas feministas; e as teorias inspiradas no pós-estruturalismo e na psicanálise que buscam explicar a produção e a reprodução das identidades de gênero do sujeito (1991, p. 8–9). As teóricas do patriarcado procuraram, segundo Scott, concentrar-se na subordinação das mulheres aos homens e explicaram-na, a partir das noções de reprodução ou de sexualidade, em função da “necessidade” do macho de dominar as mulheres; essas análises, no entanto, embora importantes, colocaram problemas: partiram de uma primazia do patriarcado na explicação das desigualdades, sem explicar sua relação com outras formas de dominação; além disso, elas estiveram baseadas na variável única da diferença física, pressupondo, ao fim e ao cabo, um sentido inerente ao corpo humano, externo a qualquer construção social ou cultural,

desconsiderando, dessa forma, a historicidade do gênero em si (1991, p. 10). Segundo Scott, nessa perspectiva “a história se torna um epifenômeno que oferece variações intermináveis sobre o tema imutável de uma desigualdade de gênero fixa” (1991, p. 10), e aqui pode também ser localizada a crítica de Mohanty (1984) à identificação, nas “mulheres”, de um grupo coeso e homogêneo, a despeito de classe social, localização étnica ou racial, com o uso de uma noção de gênero ou de diferença sexual que possa ser aplicada universalmente a qualquer contexto. As feministas marxistas partiram de uma abordagem mais histórica, mas, de acordo com Scott, em geral, as dificuldades que encontraram se relacionam com o fato de que o patriarcado é analisado como uma função das relações sociais de produção – de forma que o gênero, enquanto subproduto das estruturas econômicas, não possui estatuto próprio de análise (1991, p. 11–3).

Sobre as teorias inspiradas no pós-estruturalismo e na psicanálise sobre a produção e a reprodução das identidades de gênero do sujeito, Scott faz diversas considerações. As escolas focadas nos processos pelos quais é criada a identidade de gênero do sujeito, a partir da análise da experiência concreta das crianças em suas primeiras etapas de formação, da perspectiva das relações de objeto, segundo Scott, fazem com que a produção da identidade de gênero e a gênese da possibilidade de sua mudança dependa de estruturas de interação relativamente pequenas: a ideia de gênero, nesse quadro limitada à esfera da família e à experiência doméstica, não permite que o historiador conecte-a com sistemas políticos, econômicos e sociais, pois falta uma dimensão capaz de dar atenção à dimensão estrutural do modo com que as sociedades representam o gênero, utilizam-no para articular regras de relações sociais e construir o sentido das experiências (SCOTT, 1991, p. 13–5). A psicanálise de matriz lacaniana, focada na linguagem enquanto chave de acesso da criança à ordem simbólica para a construção da identidade de gênero, deixa em aberto o processo de construção do sujeito, já que entende que as ideias conscientes sobre masculino e feminino variam de acordo com os contextos e são construções fictícias; no entanto, para Scott, há uma fixação exclusiva sobre questões atinentes ao sujeito individual e uma tendência a reificar o antagonismo entre homens e mulheres produzido subjetivamente como universal, tanto no que diz respeito ao próprio antagonismo, quanto às suas categorias: o falo é o único significante e o processo de subjetivação é, ao fim e ao cabo, constante e previsível (SCOTT, 1991, p. 15–6). Como essa perspectiva universaliza o antagonismo entre os sexos como um aspecto inevitável da identidade, ela acaba, segundo Scott, tornando a oposição binária masculino-feminino um aspecto permanente da condição humana e ocultando o caráter historicamente constituído dessa oposição, cujo efeito é justamente a naturalização dessa aparência de perenidade; é necessário, no entanto, rejeitar o caráter fixo e

permanente da oposição binária, por meio da historicização e da desconstrução autêntica dos termos da diferença sexual (SCOTT, 1991, p. 16–8). Sujeito e organização social estão inter-relacionados, sendo ambos igualmente importantes para o funcionamento do gênero e para a possibilidade de sua mudança (SCOTT, 1991, p. 20).

Nesse quadro, o conceito de gênero proposto por Scott possui duas partes principais: gênero é “*um elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças percebidas entre os sexos*” e, ao mesmo tempo, “*é uma forma primeira de significar as relações de poder*”, (1991, p. 21). Enquanto elemento constitutivo das relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, o gênero implica quatro elementos relacionados entre si:

Primeiro – símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas (frequentemente contraditórias) [...]: quais as representações simbólicas evocadas, quais suas modalidades, em que contextos? Segundo – conceitos normativos que colocam em evidência interpretações do sentido dos símbolos que tentam limitar e conter as suas possibilidades metafóricas. Esses conceitos são expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tipicamente tomam a forma de uma oposição binária que afirma de forma categórica e sem equívoco o sentido do masculino e do feminino. Essas afirmações normativas dependem da rejeição ou da repressão de outras possibilidades alternativas e às vezes têm confrontações abertas ao seu respeito [...]. A posição que emerge como dominante é, apesar de tudo, declarada a única possível. A história posterior é escrita como se essas posições normativas fossem o produto de um consenso social e não de um conflito. [...] O objetivo da nova pesquisa histórica é explodir a noção de fixidade, descobrir a natureza do debate ou da repressão que leva a aparência de uma permanência eterna na representação binária dos gêneros. Esse tipo de análise tem que incluir uma noção do político, tanto quanto uma referência às instituições e organizações sociais. Esse é o terceiro aspecto das relações de gênero. [...] Precisamos de uma visão mais ampla que inclua não só o parentesco, mas também [...] o mercado de trabalho [...], a educação [...], o sistema político [...]. O gênero é construído através do parentesco, mas não exclusivamente; ele é construído igualmente na economia, na organização política e, pelo menos na nossa sociedade, opera atualmente de forma amplamente independente do parentesco. [...] O quarto aspecto é a identidade subjetiva (SCOTT, 1991, p. 21–2).

Na medida em que o gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, no sentido delineado acima, fica claro que gênero e política são dimensões reciprocamente relacionadas. O gênero constrói e legitima relações sociais e políticas; relações políticas retroalimentam concepções hegemônicas de gênero, legitimando e construindo essas representações (SCOTT, 1991, p. 23). Por mais que a ênfase no gênero nem sempre se dê de modos explícitos, ele é uma dimensão decisiva da organização da igualdade e da desigualdade, pois muitas estruturas hierarquizadas estão constituídas sobre compreensões naturalizadas sobre o caráter

pretensamente autêntico de uma relação idealizada entre masculino e feminino (SCOTT, 1991, p. 26).

A associação feita por Joan Scott entre a noção de gênero, a organização social e o poder é extremamente útil para abordar os significados que permeiam a distinção binária masculino/feminino, pois permite historicizar as categorias, revelando os motivos ocultos por trás de representações que, embora contingentes, reivindicam para si a posição de naturalidade para legitimar relações desiguais de poder (BITENCOURT, 2013, p. 185). As diferenças de gênero dependem de símbolos culturais e de interpretações normativas sobre esses símbolos, que buscam limitar interpretações divergentes sobre os significados do masculino e do feminino. Embora palco de inúmeras contestações, em função do seu caráter regulatório, a representação binária dos gêneros aparece como se fosse fruto de um consenso social, de tal forma que é necessário investigar de que forma essas representações são construídas e mantidas não só pela família, mas também pelas instituições políticas, econômicas e sociais.

Em sentido semelhante, Judith Butler aponta que não há um sujeito do feminismo previamente constituído que deve ser mais bem representado nas instituições políticas e sociais, mas que essas próprias instituições criam e reproduzem sujeitos com marcas de gênero específicas que, posteriormente, julgam apenas representar. Dessa forma, é necessário investigar como a categoria das mulheres é produzida e reprimida pelas estruturas de poder por meio das quais se procura emancipação, ao invés de, a partir de definições rígidas sobre um sujeito estável em nome do qual a representação política feminista é almejada, inquirir como esse sujeito pode ser incluído politicamente (BUTLER, 2012, p. 19).

Na introdução de “Undoing Gender”, Butler aponta que a tradição hegeliana, ao apontar que o desejo é sempre um desejo por reconhecimento e que é por meio da experiência do reconhecimento que nos tornamos socialmente constituídos como humanos, perde de vista algumas questões importantes: em primeiro lugar, os termos pelos quais somos socialmente reconhecidos como humanos não antecedem a cultura, mas são socialmente articulados e contingentes; além disso, os próprios termos que conferem “humanidade” a alguns indivíduos são aqueles que privam outros indivíduos da possibilidade de alcançar esse *status*, produzindo eles mesmos um diferencial entre o humano e o “menos-que-humano” – e essas normas têm amplo alcance no que diz respeito ao modo com que entendemos o “ser humano” como titular de direitos e da prerrogativa de inclusão em uma esfera política participativa (BUTLER, 2004, p. 2). O “humano” é entendido de modos distintos dependendo da sua morfologia e da possibilidade de reconhecimento dessa morfologia, do seu gênero e da inteligibilidade desse

gênero, etc., e nesses esquemas alguns humanos são privados de uma vida “vivível” (BUTLER, 2004, p. 2). A crítica emerge da conjuntura em que o sujeito não pode viver sem alguma medida de reconhecimento, mas sente que os termos pelos quais é reconhecido tornam sua vida não vivível – crítica aqui entendida como a interrogação dos termos em que a vida está constricta, para abrir a possibilidade de novos modos de vida, para abrigar a vida que resiste aos modelos de assimilação (BUTLER, 2004, p. 4).

Comentando os movimentos intersexual e transexual, Butler aponta que ambos, em comum, se opõem designação de gênero coercitiva e indesejada, e, nesse sentido, ambos lutam por mais autonomia (BUTLER, 2004, p. 6). O problema é que o próprio significado da autonomia é complicado para ambos os movimentos, porque fazer escolhas relativas ao próprio corpo invariavelmente implica navegar por normas postas anteriormente à possibilidade dessa escolha: os indivíduos dependem de instituições sociais de suporte para exercer a autodeterminação, em especial no que diz respeito ao gênero, de forma que a própria autodeterminação só se torna um conceito plausível no contexto de um mundo social que dá suporte e permite o exercício da agência do indivíduo (BUTLER, 2004, p. 7). Nesse quadro, por consequência, *alterar as instituições por meio das quais escolhas viáveis são estabelecidas e mantidas é um pré-requisito para o exercício da autodeterminação*. A tarefa geral de movimentos como o transexual, o intersexual, o *queer* e o feminista é, para Butler, distinguir entre normas e convenções que permitem que as pessoas desejem, amem e vivam, daquelas normas e convenções que restringem as condições da própria vida, tornam a vida insuportável ou mesmo levam à morte – ainda que algumas normas funcionem simultaneamente como possibilitadoras e cerceadoras, ou funcionem como facilitadoras para um grupo e restritivas para outro (BUTLER, 2004, p. 8).

Butler aponta que, para combater a opressão, é necessário entender que a vulnerabilidade física humana está distribuída desigualmente pelo globo: algumas vidas são altamente protegidas, ao passo em que outras não se qualificam como “enlutáveis” (BUTLER, 2004, p. 24). Para entender quais são os contornos da noção de “humano” operante aqui (e as fronteiras do que aceitamos como o contorno cultural do que é humano limitam até que ponto somos capazes de declarar uma perda enquanto tal) – ou seja, para entender a relação entre violência e o que é “irreal”, e o papel da noção de vida não enlutável – é necessário perceber que algumas vidas não são consideradas vidas desde o nível do discurso; elas não se enquadram em nenhuma moldura dominante sobre o que é o humano, e a desumanização dessas vidas ocorre desde o princípio nesse nível: a violência contra aqueles que praticamente já não são

vidas, que estão vivendo em um estado de suspensão entre vida e morte, deixa uma marca que é marca nenhuma (BUTLER, 2004, p. 25). As condições a inteligibilidade humana são compostas por normas socialmente articuladas de reconhecimento, que estabelecem o contexto de possibilidade para a apresentação dos sujeitos no mundo social: as normas contribuem para a produção da realidade e do que pode ser lido como “real” (KORPI, 2009, p. 27). Ao mesmo tempo em que precisamos dessas normas para viver, essas mesmas normas podem restringir as possibilidades de vida de maneiras capazes de nos infringir violência, e nesse caso devemos a elas nos opor por razões de justiça social.

Para Butler, as normas de gênero operam *performativamente*. Baseada na releitura que Derrida dá à função performativa do discurso em Austin, para Butler o ato performativo recita uma forma reconhecível que ganha significado na sua contextualização em uma cadeia de repetições passadas e futuras do ato em questão (KORPI, 2009, p. 33). A força do ato performativo não está em uma intenção que governa satisfatoriamente o ato de fala, mas no fato de que a ação ecoa uma rede de ações anteriores, invocando a força da autoridade de um prévio conjunto de práticas que são citadas, repetidas, reiteradas (BUTLER, 1997a, p. 52). A convenção em que os atos são baseados – a sequência de atos similares que estabelece as bases para a força performativa desses atos – deve ser oculta ou negada para que o ato pareça autêntico, mas o caráter temporal da performatividade introduz um potencial para que a norma de gênero seja contestada no curso dessa reiteração (KORPI, 2009, p. 34–5). De acordo com Butler, o ponto mais citado de “Gender Trouble” foi o de que categorias a exemplo de *butch* e *femme* (referentes a identidades de gênero de mulheres lésbicas mais ou menos próximas das normas sociais que definem noções de “masculino” e “feminino”) não são cópias de estruturas normativas imodificáveis já operantes na cultura; não emergem como simples cópias da masculinidade heterossexual e da feminilidade heterossexual, mas mostram como essas supostas categorias “originais” (de masculinidade e feminilidade, em uma moldura heterossexual) são, do mesmo modo, socialmente construídas e performativamente estabelecidas – o que expõe o caráter contingente dos significados que essas categorias assumem (BUTLER, 2004, p. 209). O conceito de performatividade permite perceber com clareza o caráter igualmente contingente tanto das normas de gênero dominantes quanto das não dominantes. No entanto, alguns atos performativos reclamam o lugar da “natureza” ou reclamam o lugar da “necessidade simbólica”, e eles só podem fazer isso ocultando justamente os modos pelos quais eles são performativamente estabelecidos (BUTLER, 1997a, p. 51, 2004, p. 209).

Além de performativamente, para Butler, as normas de gênero operam por meio da *interpelação* – que se refere aos processos de constituição do sujeito. A subjetivação é descrita como um processo social em que o sujeito emerge enquanto reflexivo apenas na medida em que responde às interpelações dos outros sujeitos, sem nunca poder escolher os termos em que é por eles endereçado (KORPI, 2009, p. 36). De acordo com Butler, a doutrina da interpelação de Althusser aparentemente parece encenar um quadro social em que o sujeito é abordado [hailed], se vira em direção à abordagem e então aceita os termos pelos quais ele foi abordado – mesmo que devamos entender a descrição de Althusser como uma alegoria, posto que essa abordagem não é feita por um indivíduo “singular” com uma voz específica, mas ocorre de modos implícitos, difusos e inclusive não-verbais (BUTLER, 1997b, p. 106). Por mais que a interpelação preceda o sujeito que é por ela abordado – uma vez que ela se refere às próprias condições de possibilidade de emergência de um sujeito reflexivo em primeiro lugar – a noção não envolve uma compreensão determinista da constituição do sujeito: a possibilidade de transformação social é resguardada porque uma abordagem interpelativa não só não é capaz de inaugurar em definitivo o sujeito, como tampouco alcança necessariamente o êxito pretendido por aquele que faz a interpelação – muito embora, de fato, sejamos todos a princípio vulneráveis numa dimensão fundamental, já que cada sujeito é interpelado por incontáveis normas muito antes de que tenha capacidade de avaliar reflexivamente os termos dessas mesmas normas (KORPI, 2009, p. 36–7). Para Butler, quando as normas de gênero operam como violações, elas funcionam como interpelações às quais a não aquiescência cobra um preço – seja ele a perda do emprego, das perspectivas de realização do desejo, da própria vida, ou mesmo o encarceramento, nos casos em que há códigos jurídicos estabelecendo essa consequência (BUTLER, 2004, p. 214).

Uma dificuldade, que a mim apareceu antes em conversas informais com amigos acadêmicos das ciências biológicas do que ao enfim esboçar qualquer texto sobre relações sociais de gênero, está em expressar ao interlocutor formado nas “ciências duras” o caráter pernicioso da procura por explicações genéticas e causais para as desigualdades e diferenças de gênero na sociedade. Afinal, “existem diferenças genéticas entre homens e mulheres”, argumentarão, “tanto na formação encefálica, quanto morfológica e fisiológica”, e essas diferenças serviriam, ao cientista biólogo, para explicar algumas das distinções sociais entre homens e mulheres. Há, é claro, uma ampla tradição que buscará justificar a posição de

subordinação da mulher em relação ao homem na sociedade em termos biológicos⁵⁴. Atualmente, ainda que desprovida da intenção explícita de justificar as relações desiguais de poder na sociedade, persiste na ciência médica e biológica o impulso pela descoberta de explicações genéticas, de explicações causais últimas para determinadas características de gênero masculino e feminino ou da sexualidade humana, sem que a teoria feminista e *queer* tenha conseguido alcançar a hegemonia necessária a generalizar a evidência do caráter supérfluo e, em última instância, potencialmente violento dessas empreitadas. A noção de interpelação permite visualizar que cada sujeito é apartado por incontáveis normas muito antes de que emerge como um sujeito reflexivo, capaz de avaliar por si mesmo essas normas – sem que exista necessariamente uma verdade essencial acessível ao pesquisador operando silenciosamente por detrás do processo social.

“A ciência biológica, no entanto, só pode encontrar tendências; a genética não é capaz de exaurir o sujeito, mas aponta explicações causais que funcionam na chave de compreensão das probabilidades”, poderão contestar. Resguardados, é claro, os interesses puramente médico-biológicos (ninguém argumentaria que é despropositado estudar as causas da maior vulnerabilidade de mulheres à osteoporose ou dos homens a problemas cardiovasculares, p. ex.), tentativas de encontrar na natureza causalidades para questões sociais necessariamente implicam em especulações metafísicas, uma vez que a fronteira entre cultura e o que quer que se entenda pelo “natural” é inapreensível enquanto tal. Mais além, ainda que fosse empiricamente possível encontrar essas causalidades probabilísticas numa chave genético-behaviorista para comportamentos considerados “masculinos” ou “femininos”, a questão que então permanece é: a que serve encontrar essas probabilidades? O retorno aqui é ao problema clássico colocado por Horkheimer em 1937, em “Teoria tradicional e teoria crítica” (1975): o método tradicional, de estrutura cartesiana, não possui um caráter autorreflexivo e emancipatório; embora a teoria tradicional forneça os elementos necessários para a formação de um diagnóstico de época, ela não é, ao contrário da teoria crítica, capaz de propor uma reflexão acerca da estrutura de organização social e da inserção do próprio teórico nessa

⁵⁴ Interessante o seguinte excerto, que relata alguns dos termos em que foi discutido o sufrágio feminino na Constituinte de 1891: “Na Assembleia Constituinte, reunida em 1891 para elaborar uma constituição republicana para o Brasil, os homens debateram o sufrágio feminino, assim como outros temas políticos, que a maioria julgava mais importante. As salas da assembleia não repercutiram sem parar com os argumentos spencerianos de um Tito Lívio de Castro sobre os cérebros infantis das mulheres, sua inferioridade mental e retardação evolutiva. Poucos deputados admitiram acreditar, como Lacerda Coutinho, que as mulheres fossem física e mentalmente incapazes de suportar o excitamento dos conflitos no mundo exterior. Para ele, mesmo a educação não poderia alterar a “natureza” das mulheres (...). Em lugar de concordar com Lacerda Coutinho sobre as fraquezas das mulheres, outros deputados reconheceram suas aptidões intelectuais, mas opunham-se ao sufrágio em nome da conservação da família, temendo consequências de alguma saída da mulher do lar” (HAHNER, 1981, p. 84).

estrutura – uma vez que se concebe como um empreendimento puro, desvinculado de interesses práticos. Tomemos, por exemplo, a teoria do dimorfismo sexual dos cérebros, recorrentemente invocada para explicar supostas diferenças *inatas* de comportamento entre homens e mulheres: mesmo que fosse possível encontrar causalidades probabilísticas para comportamentos sociais de homens e mulheres na morfologia cerebral⁵⁵, a utilização dessas probabilidades para qualquer finalidade prática guarda em si um potencial de violência, na medida em que restaria permanentemente aberta a possibilidade de que qualquer sujeito implicado se enquadre na exceção, e não na regra. A busca de uma causalidade natural para a homossexualidade, por exemplo, é muitas vezes vista como dotada de um potencial emancipatório na medida em que denota que a sexualidade é um atributo natural e intrínseco do ser humano, não fruto de uma escolha que poderia enquanto tal ser taxada de “imoral”; no entanto, deveríamos estar nos perquirindo sobre as causalidades biológicas da sexualidade em primeiro lugar? Se a homossexualidade fosse enfim uma escolha, o que mudaria no que diz respeito às exigências normativas de reconhecimento recíproco de todas as manifestações consentidas do amor e da sexualidade? Essas exigências não deveriam ser independentes da existência de uma suposta verdade essencial pré-social por detrás do gênero e da sexualidade?

A teoria de Butler permite associar gênero à produção social do poder porque “mulher”, segundo ela, é um termo em processo: não há a necessidade de estabelecer de modo prévio um “sujeito” do feminismo em nome do qual a representação política é almejada, pois isso seria inclusive contrário ao interesse do feminismo no sentido de ampliar o campo político da sua “representação” (BUTLER, 2012, p. 23). No entanto, a recusa à pressuposição de um

⁵⁵ Embora, evidentemente, escape ao escopo e mesmo ao campo disciplinar do presente trabalho promover uma crítica das tentativas neuromorfológicas de dividir os seres humanos em categorias binárias, cabe citar aqui dos maiores e mais recentes estudos realizados sobre o assunto, por um grupo de pesquisadores israelenses, alemães e suíços, que comparou a anatomia de 1.400 cérebros de homens e mulheres para concluir que, mais do que duas categorias, o que existe é um mosaico cerebral: nos termos do estudo, ainda que existam diferenças sexuais e de gênero no cérebro humano, ele não pode ser considerado como pertencente a uma de duas categorias binárias do tipo cérebro masculino e cérebro feminino: “a categorical difference in the genitals has always been acknowledged, the question of how far these categories extend into human biology is still not resolved. Documented sex/gender differences in the brain are often taken as support of a sexually dimorphic view of human brains (“female brain” or “male brain”). However, such a distinction would be possible only if sex/gender differences in brain features were highly dimorphic (i.e., little overlap between the forms of these features in males and females) and internally consistent (i.e., a brain has only “male” or only “female” features). Here, analysis of MRIs of more than 1,400 human brains from four datasets reveals extensive overlap between the distributions of females and males for all gray matter, white matter, and connections assessed. Moreover, analyses of internal consistency reveal that brains with features that are consistently at one end of the “maleness-femaleness” continuum are rare. Rather, most brains are comprised of unique “mosaics” of features, some more common in females compared with males, some more common in males compared with females, and some common in both females and males. Our findings are robust across sample, age, type of MRI, and method of analysis. These findings are corroborated by a similar analysis of personality traits, attitudes, interests, and behaviors of more than 5,500 individuals, which reveals that internal consistency is extremely rare. Our study demonstrates that, although there are sex/gender differences in the brain, human brains do not belong to one of two distinct categories: male brain/female brain” (JOEL *et al.*, 2015).

sujeito estável como ponto de partida da teoria não quer dizer negar ou dispensar de plano a noção de sujeito, mas procurar, nos discursos jurídicos, políticos e sociais em que o sujeito aparece como um dado autoevidente, qual é o seu processo de construção e seu significado político (BUTLER, 1998, p. 18). A desconstrução do sujeito do feminismo não implica censurar sua utilização, mas emancipar esse sujeito de toda e qualquer ontologia a que esteve restrito, tornando-o um campo de diferenças indesignável permanentemente aberto à reconfiguração e a novos sentidos:

Se o termo permite uma resignificação, se o referente não é fixo, então se tornam possíveis novas configurações. Em certo sentido, o que mulheres significa foi dado como certo durante tempo demais e o que foi determinado como “referente” do termo foi “fixado”, normalizado, imobilizado, paralisado em posições de subordinação. Com efeito, o significado foi fundido com o referente, de tal forma que um conjunto de significados foi levado a ser inerente à natureza real das próprias mulheres. Refundir o referente com o significado e autorizar ou salvaguardar a categoria mulheres como lugar de resignificações possíveis é expandir as possibilidades do que significa ser uma mulher e, nesse sentido, dar condições para e permitir uma capacidade de agir realçada (BUTLER, 1998, p. 25).

Assim, a partir do pressuposto de que não há um conjunto de verdades essenciais por trás do sexo ou do gênero, é possível analisar, em sua contingência, as distintas identidades femininas produzidas pelos discursos jurídicos e políticos, buscando demonstrar de que formas e em que contextos elas legitimam a liberdade ou excluem de sua órbita configurações que não se adequam às fronteiras regulatórias da norma – pois “as categorias de identidade nunca são meramente descritivas, mas sempre normativas e como tal, exclusivistas” (BUTLER, 1998, p. 24).

2.5 Entre Butler, Rosenfeld, Fraser e Habermas

Como busquei demonstrar ao longo dos capítulos iniciais da presente dissertação, grande parte da teoria constitucional brasileira ainda não incorporou em seus métodos as mudanças epistemológicas impostas à teoria social pela virada linguística, pragmática e hermenêutica na filosofia, já praticamente generalizadas nas demais áreas das ciências humanas e sociais aplicadas. Cega ao fato de que nenhum significado concreto é produzido a partir das intenções do enunciador ou da essência do próprio signo, mas tão somente a partir do emprego intersubjetivo desse signo em contextos históricos, políticos e sociais concretos, nossa teoria constitucional muitas vezes persiste em um impulso essencialista pela investigação dos direitos

fundamentais como *coisa-em-si*, como se as exigências normativas do constitucionalismo democrático possuíssem sentidos objetivos, universais e anteriores à história. Comecei o texto expondo os elementos centrais da pragmática formal habermasiana, bem como sua repercussão para sua teoria discursiva do direito e da democracia, porque Habermas propõe uma abordagem teórica sobre os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito que, ciente da impossibilidade de fundamentar os conteúdos normativos de um “direito racional” na constituição do homem enquanto tal, a partir do puro exercício de uma razão prática ainda presa à filosofia do sujeito, buscará demonstrar que eles possuem significados insaturáveis, construídos e reconstruídos sempre que são invocados em pretensões normativas contingentes, cuja enunciação aqui e agora remete a um conteúdo universalizável, a pretensões de validade transcendentais de contexto. Mesmo que não tenhamos tempo de explorar a fundo essa questão sob o ponto de vista institucional da aplicação jurisdicional de direitos fundamentais, certo é que uma teoria do direito com vocação democrática precisa reconhecer, desde o nível abstrato da teoria dos direitos fundamentais, que o constitucionalismo não está baseado na recuperação racional de essências acessíveis ao saber técnico do jurista especializado, mas que o sentido dos direitos fundamentais se coloca constantemente em disputa no interior da sociedade, normatividade e realidade existem em uma relação de tensão. Tratar o Direito Constitucional e os Direitos Humanos como matéria puramente técnica, como questão de especialistas, é justamente ocultar o componente político da construção dos seus conceitos fundamentais, privando paradoxalmente essas disciplinas de sua dimensão mais fundamental: a dimensão democrática. Nesse quadro, o instrumental analítico proposto por Rosenfeld é extremamente útil para a pesquisa jurídica em direitos fundamentais, pois permite radica-la na análise dos discursos dos próprios participantes da prática interpretativa que é o direito.

Trabalhar a pesquisa jurídica sobre direitos fundamentais aplicada às desigualdades de gênero, por sua vez, coloca outro grupo de questões. A noção de gênero proposta por Jean Scott é aqui extremamente útil, pois chama atenção para o fato de que o gênero é uma dimensão decisiva da organização social e política: a categoria deve ser historicizada e utilizada para demonstrar de que forma representações contingentes reclamam o lugar da naturalidade para legitimar relações desiguais de poder. Butler, em sentido semelhante, chama atenção para a incompletude essencial da categoria “mulher”, demonstrando a necessidade de livrar o termo de qualquer ontologia e procurar, nos discursos jurídicos, políticos e sociais em que o sujeito aparece como um dado autoevidente, qual é o seu processo de construção e seu significado político. Em Rosenfeld, discursos constitucionais são entendidos como discursos sobre os

sujeitos desses direitos constitucionais – aqueles que elaboram esses direitos, se sujeitam a esses direitos, bem como a matéria sujeita à jurisdição constitucional. Por meio do instrumental discursivo da negação, da metáfora e da metonímia, discursos sobre a(s) identidade do(s) sujeito(s) constitucional(is) forjam conexões identitárias ou diferencialistas sempre contextuais, tensas e polêmicas – numa atividade que está sempre pressuposta em qualquer discurso sobre direitos fundamentais, seja para promover uma interpretação mais exaustiva dos direitos fundamentais, seja para promover a subordinação de uns pelos outros.

Trabalhar conjuntamente esses marcos teóricos pode ser problemático, especialmente considerando o histórico de críticas formuladas às teorias habermasianas por teóricas feministas – como Nancy Fraser e Judith Butler. Michel Rosenfeld também teceu críticas à teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas (adotando, inclusive, perspectivas feministas), em um simpósio organizado logo após a publicação da tradução para o inglês de *Direito e Democracia*, feita por William Rehg. em texto, publicado pela *Cardozo Law Review* (1996). O objetivo do presente capítulo, nesse quadro, é analisar algumas dessas questões potencialmente problemáticas, de modo analisar se e de que forma a teoria discursiva do direito de Habermas pode se colocar como ponto de partida para a pesquisa jurídica em direitos fundamentais aplicada às desigualdades de gênero.

Rosenfeld, em sua crítica à teoria jurídica habermasiana, afirma que a justiça procedimental é de fato importante em sociedades complexas, na medida em que as relações jurídicas são relações entre estranhos; no entanto, um procedimento, isoladamente, não é suficiente por si só, na medida em que questões substantivas sempre permanecem, ainda que deslocadas ou ocultas (1996, p. 796). Rosenfeld usa o exemplo de uma aposta: sob o ponto de vista puramente procedimental, uma aposta com dados, desde que não viciada, é um procedimento justo de distribuição de recursos, na medida em que a cada rodada os participantes têm iguais chances de vencer. A questão é que, sob o ponto de vista substantivo das apostas enquanto instrumento de distribuição de recursos, a justiça do procedimento depende de outros requisitos materiais e normativos: a aposta deve ser feita apenas no limite de pequenos recursos particulares, num contexto social em que esse emprego particular do dinheiro não produz injustiça distributiva. Só é possível perceber a justiça procedimental como independente dos argumentos e normas substantivas que ela busca implementar por meio de duas abstrações: dos contextos em que se inserem os participantes, por meio do foco depositado nas suas similaridades (enquanto cidadãos, negociantes, apostadores, etc.); e das normas de justiça contestáveis de que o procedimento depende para sua justificação (ROSENFELD, 1996,

p. 797). A justiça procedimental coloca a maior parte da ênfase num processo de abstração focado em similaridades, embora a igualdade exija que se leve em consideração também as diferenças, por meio da aplicação de normas substantivas que corrijam esse movimento de generalização.

Rosenfeld, então, faz uma distinção entre dois modelos de procedimentalismo. No procedimentalismo primário, o procedimento é tanto indispensável quanto determinante de qualquer resultado que possa ser considerado legítimo – como em Hobbes, cuja teoria, no entanto, torna-se moralmente arbitrária e legitimadora da desigualdade concreta de forças na sociedade a partir do momento em que despida da convicção de Adam Smith de que a persecução atomista dos interesses privados necessariamente desemboca no interesse público; no procedimentalismo derivado, por sua vez, os resultados justos são, em última instância, determinados e legitimados por algo de logicamente antecedente ou de mais fundamental do que o procedimento – como em Locke, em que a fonte última de legitimação não é o contrato social em si mesmo, mas o direito de propriedade (1996, p. 779–780). Rawls (1997), segundo Rosenfeld, busca corrigir os defeitos de um contratualismo primário como o de Hobbes inserindo na teoria elementos do universalismo moral kantiano – por meio do desenho de um procedimento em que os sujeitos estabelecem princípios de justiça com os quais todos poderiam concordar – e relativizando as diferenças de poder e a parcialidade dos contratantes por meio da inserção de um “véu de ignorância”, que assegura a igualdade por meio da abstração de toda e qualquer diferença individual; o problema é que, nesse cenário hipotético, os contratantes estão privados dos meios para perceber quais são as diferenças relevantes que devem fundamentar o estabelecimento dos princípios de justiça em primeiro lugar: a igualdade é um ponto de partida da teoria, não um ponto de chegada, na medida em que os contratantes, na sua artificial homogeneidade enquanto egos abstratos uniformes e intercambiáveis, não podem conduzir nenhum diálogo, senão um monólogo em que, na ausência de perspectivas raciais, de gênero, sexo, raça e classe social, a própria realização do procedimento é em última instância supérflua; nesse quadro, o procedimentalismo de Rawls é no máximo derivado (ROSENFELD, 1996, p. 800–3). Em suma, se há uma perspectiva universal disponível, capaz de transcender todas as perspectivas particulares, o procedimentalismo não seria necessário em primeiro lugar, pois seria supérfluo ou inteiramente trivial⁵⁶.

⁵⁶ Nas palavras de Rosenfeld, “If there is a universal perspective that transcends all particular perspectives, proceduralism would be entirely superfluous or merely trivial. Absent such universal perspective, however, the abstract egos behind the veil of ignorance would have to adopt either a racial minority or a racial majority

Segundo Rosenfeld, o procedimentalismo de Habermas permite superar as limitações presentes no procedimentalismo de Hobbes ou de Rawls: na medida em que baseado num conceito *concreto e historicamente situado* de ação comunicativa, em Habermas é possível levar em consideração as diferenças entre os sujeitos sociais, que devem ser plenamente consideradas, e contornar o privilégio sub-reptício oferecido por Rawls a algumas perspectivas em detrimento de outras (1996, p. 804). Habermas propõe um caminho para a reconciliação dos direitos e da democracia através da ação comunicativa, uma vez que os atores sociais devem decidir entre eles próprios quais relações de identidade e de diferença devem ser levadas em consideração pelo direito, trazendo à tona a dimensão democrática inerente à harmonização entre os imperativos da igualdade formal e da igualdade material.

Rosenfeld retoma a dialética entre igualdade como identidade e igualdade como diferença, que se desenvolve no contexto de comunidades políticas em que o direito de igualdade é juridicamente cogente. Há contextos em que o princípio da igualdade funciona a partir do polo da identidade (como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que a igualdade de todos os homens, enquanto idênticos, fundamenta a ruptura com as diferenças hierárquicas da sociedade estamental do Antigo Regime) e há contextos em que a igualdade é buscada a partir do critério da diferença (como no estabelecimento de políticas de ação afirmativa para acesso a universidades e cargos públicos por minorias desprivilegiadas), de forma que os que lutam por igualdade aderem circunstancialmente a identidades ou diferenças idealmente relevantes (1996, p. 808). A luta pela igualdade é um processo vivo e dinâmico em que inclinações circunstanciais ao polo da igualdade ou da diferença são sempre precárias e podem demandar correções eventuais.

Nesse quadro, Rosenfeld critica a possibilidade de reconciliação entre igualdade formal e material na teoria habermasiana, por dois motivos principais (1996, p. 810–4). Em primeiro lugar, Rosenfeld afirma que a reconciliação entre igualdade formal e material pode demonstrar-se uma questão absolutamente contingente, de tal forma que o procedimentalismo habermasiano se mostraria em muitas circunstâncias insuficiente para alcançar, por si só, esse objetivo. Se a ênfase for colocada na racionalidade, enquanto um elemento capaz de tornar aceitável a contingência inerente a qualquer acordo, então o procedimentalismo de Habermas

perspective in order to arrive at any common principles sufficient to sustain far principles of justice” (1996, p. 803).

se mostraria essencialmente derivativo e não primário, posto que fundamentado, e última instância, em um elemento substancial e não procedimental.

Quanto a esta objeção, cumpre ressaltar que a teoria habermasiana do direito não pretende reconciliar de modo estático a igualdade formal e a igualdade material. O próprio Rosenfeld aponta que Habermas considera os interesses dos membros de uma comunidade política como sendo contextuais e contingentes, não imutáveis. Habermas busca delinear as condições de possibilidade da formulação de acordos potenciais sobre os critérios utilizados para indicar o âmbito de prevalência da igualdade formal ou material, a partir do critério da identidade ou da diferença, sempre de modo precário, contingente e contextual. Uma estabilização definitiva entre igualdade formal e material não é buscada pela teoria, até porque um tal objetivo, como elucidam mais claramente Judith Butler e Joan Scott, se mostra inalcançável em face das restrições inerentes à estrutura linguística e representacional própria do campo político. A possibilidade permanente de reconciliação concreta entre igualdade formal e material através do discurso não possui em Habermas uma dimensão normativa forte, no sentido de se colocar como um objetivo deontológico impingido aos participantes por força de uma norma moral, a prescrever determinados modos ideais de comportamento. O potencial de um acordo sobre os critérios de identidade e diferença a serem balizados em nome da igualdade prescritiva, consideradas todas as perspectivas relevantes, tem antes o sentido normativo fraco de um ideal pressuposto pelos próprios agentes que disputam esses critérios na esfera pública. A tentativa de chegar a soluções que realizam os princípios da justiça e da igualdade só pode sempre falhar, pois é inalcançável uma solução final e totalizante (SCOTT, 2005, p. 29): a teoria não busca antecipar por si só o conteúdo de um inatingível nivelamento completo entre igualdade formal e material, apenas demonstra que sua possibilidade hipotética é implicitamente assumida pelos próprios participantes dos debates sobre a igualdade. Em suma, não é o procedimentalismo de Habermas que deve se mostrar capaz de alcançar a reconciliação entre igualdade formal e material, pois não cabe à teoria antecipar o resultado da deliberação política: ela se propõe tão somente a demonstrar as condições de possibilidade para essa reconciliação, cujo caráter inerentemente problemático exige que não seja resolvida *a priori* ou tomada como um dado.

Em segundo lugar, os procedimentos em Habermas são desenhados para que a lei goze, sim, de uma pretensão de racionalidade decorrente da institucionalização da mobilização discursiva na esfera pública. Se considerarmos, *ad argumentandum tantum*, que o conceito de racionalidade em Habermas é “substantivo”, poderemos concordar com Rosenfeld no sentido

de que a teoria habermasiana não é uma teoria “procedimentalista primária” – embora, ao contrário do que sugere Rosenfeld, Habermas não teria, nessa hipótese, se preocupado em formular uma teoria procedimentalista primária em primeiro lugar. Jeremy Waldron (1999) é criticado por Habermas justamente diante do seu fracasso em formular uma teoria da legitimidade da lei num sentido “primariamente procedimental”, independente de um conceito de racionalidade, ainda que formal.

O propósito de Waldron em “Law and Disagreement” é desenvolver uma teoria da autoridade da lei – baseada na noção de que, na prática, mesmo após a deliberação as pessoas continuarão a discordar de boa-fé sobre o bem comum e sobre questões sobre as quais uma legislatura deve deliberar – em que o fato do desentendimento ocupe uma posição central, não uma posição periférica. Waldron quer desenvolver uma teoria procedimentalista num sentido purista porque entende que há a necessidade de decisões sobre estruturas decisórias e cursos comuns de ação mesmo em face do desentendimento sobre quais eles devem ser, de forma que o desentendimento persistente impõe à aspiração de autoridade das normas jurídicas que o critério pelo qual algo é reconhecido como direito não possa estar relacionado com o mérito da questão que a lei busca endereçar (ele deve parecer arbitrário em relação à questão substancial, que é objeto de controvérsia em primeiro lugar) (WALDRON, 1999, p. 95) – o que exige, ao fim e ao cabo, a formulação de uma justificativa de matriz positivista ainda mais complexa. Nesse quadro, Habermas afirma que, mesmo partindo do pressuposto de que, numa democracia, ninguém pode reivindicar acesso privilegiado à “verdade” sobre assuntos legislativos ou constitucionais (o que impõe uma concepção procedimentalista de legitimação), Waldron não é capaz de encontrar uma fonte de autoridade para a lei que não se limite à contingência da força, como no positivismo de Kelsen, ou se oculte no costume, como no positivismo de Hart, sem recorrer aos méritos cognitivos substanciais de um processo legislativo que se pretende racional. Para Habermas, a “formalidade deliberativa” e o princípio majoritário só podem funcionar como uma fonte de legitimidade se os arranjos comunicativos forem suficientemente inclusivos e ilimitados, a ponto de encontrarem certas condições epistêmicas: todas as questões relevantes devem encontrar o caminho para a agenda e ser consideradas com justiça e competência, sobre as bases das melhores informações disponíveis e à luz de contribuições pertinentes pró e contra. Só sob essas condições um voto majoritário falível e reversível pode ser percebido como a interrupção de um discurso permanente, em função de exigências práticas; o voto goza da presunção de aceitabilidade racional sem impor à minoria qualquer mudança de consciência (HABERMAS, 2003b, p. 192).

De volta à objeção formulada por Rosenfeld, a questão central é que o conceito de racionalidade em Habermas não é substantivo, mas formal. A contingência da reconciliação entre igualdade formal e material é de fato estabilizada pela pretensão de racionalidade da decisão, que pode ser entendida como uma etapa provisória de um processo deliberativo cuja lógica interna é a busca permanente da aceitabilidade racional dos seus resultados. Isso não parece tornar a teoria habermasiana um *procedimentalismo derivativo* na medida em que o conceito de razão comunicativa está ligado à demonstração das condições de possibilidade para o reconhecimento *intersubjetivo* de pretensões de validade criticáveis, sem que ele próprio antecipe substantivamente o que conta como racional. O recurso a um conceito de racionalidade, embora possa ser questionado sob outros ângulos, não torna a arquitetura da teoria, nesse ponto, menos formal. O procedimento não fundamenta a validade substantiva da adoção de um critério para estabilização contingente entre igualdade formal e igualdade material, como parece supor Rosenfeld, mas tão somente, em sentido mais fraco, sua pretensão precária de aceitabilidade racional enquanto decisão temporária tomada num ambiente institucionalmente estruturado (HABERMAS, 2002b, p. 332).

A segunda objeção de Rosenfeld é mais importante. Embora Habermas, ao contrário de Rawls, não considere os interesses dos membros de uma comunidade política imutáveis, mas sujeitos à evolução e transformação, Rosenfeld afirma que a ação comunicativa só pode estabelecer um terreno comum para a discussão das identidades ou diferenças relevantes para a melhor efetivação da igualdade prescritiva sob a condição de que os próprios procedimentos se desenvolvam dentro de condições materiais concretas que efetivamente permitam e tornem plausível que os participantes apresentem suas pretensões de validade e que suas perspectivas sejam levadas em consideração. Em outras palavras, a negociação de acordos e compromissos não é imune às disparidades de poder existentes na sociedade: sempre será possível que algumas perspectivas sejam privilegiadas em detrimento de outras, de modo que o procedimentalismo habermasiano falharia em se manter neutro diante das perspectivas que ele abrange.

Rosenfeld ilustra essa objeção com argumentos feministas que podem se apresentar em dois níveis. Em primeiro lugar, feministas podem argumentar que o procedimentalismo discursivo não pode nivelar o terreno em que as discussões sobre igualdade terão lugar, na medida em que esses espaços políticos têm tradicionalmente forte inclinação à adoção de perspectivas machistas: essa objeção é central, e será adiante trabalhada. Outra objeção mais forte, pode ser apresentada no sentido de que a ação comunicativa é, por sua própria estrutura, orientada em favor de perspectivas masculinistas. Rosenfeld baseia essa segunda possível

objeção no trabalho de Carol Gilligan (1982), que, mesmo repudiando o essencialismo biológico, busca encontrar um conjunto invariável de características sociais que constituem a feminilidade e que todas as mulheres, enquanto tais, compartilham. De acordo com Gilligan, a ética masculina está direcionada para direitos, igualdade e justiça, enquanto a ética feminina está orientada para responsabilidades, equidade e pela percepção concreta de diferenças que clamam por reconhecimento (GILLIGAN, 1982, p. 164); nesse quadro, a própria estrutura de um procedimentalismo voltado para questões de justiça, igualdade e direitos pode ser considerado inerentemente enviesado favoravelmente a perspectivas masculinistas⁵⁷ (ROSENFELD, 1996, p. 818).

Para afirmar, de alguma forma, que os debates sobre questões de justiça, igualdade e direitos são *inerentemente* enviesados em desfavor da perspectiva feminina, é necessário pressupor que essa suposta perspectiva feminina possui significados estáveis, ainda que eles não sejam tidos por decorrentes de um essencialismo biológico, mas de algo próximo a um essencialismo social. A crítica de Joan Scott aos problemas do emprego da noção “estável” de gênero em Carol Gilligan para a análise histórica é justamente no sentido de que ela trata a socialização como um processo sem nuances e universal, com o qual mulheres e homens se relacionam sem possibilidade de reflexão e resistência – o que não permite desconstruir de modo autêntico os termos da diferença sexual, em lugar de aceita-los como um dado natural:

Gilligan explica os diferentes modos de desenvolvimento moral dos meninos e das meninas, em termos de diferenças de “experiências” (de realidade vivida). [...] Encontramos implicadas nessa abordagem a noção a-histórica, se não essencialista, de mulheres. Gilligan e outros extrapolam sua própria descrição, baseados numa pequena amostra de alunos americanos do fim do século XX, para todas as mulheres. [...] Esse uso das ideias de Gilligan se coloca em oposição flagrante com as concepções mais complexas e históricas de “cultura feminina”, que podemos encontrar no Simpósio de Feminist Studies de 1980. Com efeito, uma comparação dessa série de artigos com as teorias de Gilligan mostra o quanto a sua noção é a-histórica, definindo a categoria de mulher/homem como uma oposição binária que se autorreproduz, estabelecida sempre da mesma forma. Insistindo de forma simplificada nos dados históricos e nos resultados mais heterogêneos sobre o sexo e o raciocínio moral para sublinhar a diferença sexual, as feministas reforçam o tipo de pensamento que elas queriam combater. Apesar do fato de elas insistirem na reavaliação da categoria do “feminino” [...] elas não tratam da oposição binária em si mesma. Precisamos rejeitar o caráter fixo e permanente da oposição binária, precisamos de uma historicização e de uma desconstrução

⁵⁷ Se a objeção feminista “forte”, nos termos formulados por Rosenfeld, se volta contra o *conceito de direito enquanto tal*, a discussão se transfere para outro plano; Habermas não visualiza um equivalente funcional para a estabilização social de expectativas de comportamento por meio de direitos subjetivos; no entanto, na medida em que não oferece uma fundamentação normativa, mas apenas uma explicação funcional para a forma jurídica enquanto tal, não teria problemas com esse tipo de questionamento (HABERMAS, 2002b, p. 335, 2003a, p. 147).

autêntica dos termos da diferença sexual. [...] Essa crítica significa analisar no seu contexto a maneira como opera qualquer oposição binária, reverendo e deslocando a sua construção hierárquica, em lugar de aceita-la como real, como óbvia ou como estando na natureza das coisas (SCOTT, 1991, p. 18–9).

A formulação mais branda da objeção feminista, no sentido de que a negociação de acordos e compromissos não é imune às disparidades de poder existentes na sociedade, pois espaços políticos têm tradicionalmente forte inclinação à adoção de perspectivas masculinas, merece maior destaque. Com efeito, embora por muito tempo a filosofia política de Habermas e a teoria feminista tenham se desenvolvido em uma relação de mútua indiferença, autoras como Nancy Fraser e Seyla Benhabib articularam suas preocupações na linguagem da teoria crítica, engajando criticamente com a obra habermasiana; Habermas, por sua vez, em “Direito e Democracia” se esforça explicitamente para estabelecer a relevância da sua obra para as preocupações feministas (JOHNSON, 2004, p. 104).

Segundo Nancy Fraser, “Mudança Estrutural da Esfera Pública” (1991) representa um recurso conceitual indispensável para a teoria social crítica e para a prática político-democrática, na medida em que permite clarificar conceitualmente a distinção entre os aparatos do Estado, as arenas públicas de associação e discussão democrática e a economia de mercado, o que é fundamental para a ideia de socialismo democrático e para a clarificação das credenciais democráticas de um poder público baseado nos esforços de indivíduos e grupos para que suas necessidades e pontos de vista sejam publicamente reconhecidos (FRASER, 1992, p. 109–10). No entanto, Habermas não problematiza, segundo Fraser, alguns pressupostos dúbios implícitos no modelo burguês de esfera pública – como a pressuposição de que é possível aos interlocutores na esfera pública colocar suas diferenças entre parênteses e deliberar como se fossem socialmente iguais, por exemplo – deixando, dessa forma, de propor um modelo de esfera pública adequado à democracia de fato existente (FRASER, 1992, p. 111–2). A crítica de Fraser, assim como de outras autoras feministas, veio no sentido de que Habermas, nessa obra, não só deixou de se preocupar com a questão de gênero na esfera pública, como propôs a neutralização do gênero (e da raça, da orientação sexual, etc.), não sua tematização pública, como modelo de enfrentamento dessas questões; o “público acaba ganhando, assim, em certa medida, uma configuração próxima da liberal, pelo menos em um aspecto: parece necessária a abstração/neutralização da identidade privada para o engajamento e a participação no debate público” (ASSIS, 2007, p. 48).

A crítica de Nancy Fraser à “Teoria do Agir Comunicativo”, no seu influente ensaio “What’s Critical About Critical Theory?”, num mesmo sentido, diz respeito à “cegueira de

gênero” de suas categorias-chave, que não facilitam a localização de algumas das dimensões da dominação masculina nas sociedades modernas (FRASER, 1995, p. 28). A divisão teórica entre mundo da vida e sistemas, com a caracterização da família como um domínio de integração social e de reprodução simbólica, ao lado de um sistema econômico destinado à integração sistêmica e reprodução material, por exemplo, exagera diferenças e oclui similaridades entre família e economia, na medida em que a família é espaço de trabalho – muitas vezes não remunerado – e que a economia formal reproduz simbolicamente a submissão da mulher a serviços considerados especificamente femininos, até mesmo sexualizados (FRASER, 1995, p. 27). Segundo Fraser, embora Habermas forneça uma análise extremamente sofisticada da relação entre instituições privadas (economia, na esfera dos sistemas; família nuclear, na esfera do mundo da vida) e instituições públicas (Estado, na esfera dos sistemas; esfera pública, na esfera do mundo da vida), não há uma tematização explícita das questões subtextuais de gênero presentes nas relações e arranjos propostos: os papéis de trabalhador e de consumidor são papéis com gênero, e as ligações que eles estabelecem entre a família e a economia oficial são afetados não só pelo meio do dinheiro, mas também pelo meio das identidades de gênero (1995, p. 32–3). O papel de cidadão, num mesmo sentido, é um papel masculino nas sociedades capitalistas modernas não só no sentido de que o sufrágio universal é uma conquista tipicamente alcançada apenas no século XX, mas no sentido mais latente de que a participação das mulheres em debates políticos e na formação da opinião pública é dificultada por um sem número de mecanismos formais e informais que as colocam, em geral, em uma posição subordinada nos processos dialógicos⁵⁸ (FRASER, 1995, p. 34–5).

Ao longo do artigo, Fraser critica cada uma das principais teses de Habermas na Teoria do Agir Comunicativo, apontando suas potencialidades e, em especial, suas deficiências para a análise da produção e reprodução das relações desiguais de poder em função de gênero na sociedade. Uma crítica central foi retrabalhada por Habermas em “Direito e Democracia”: a noção de “colonização sistêmica do mundo da vida” é, para Nancy Fraser, demasiadamente unilateral; não só há, nas sociedades modernas, apenas uma colonização por imperativos

⁵⁸ Recentemente, popularizaram-se entre mulheres feministas alguns neologismos provenientes da língua inglesa que descrevem comportamentos masculinos recorrentes que funcionam como mecanismos informais de limitação da participação de mulheres em espaços de debate e deliberação. *Maninterrupting* é uma junção de *man* (homem) e *interrupting* (interrompendo), “homem interrompendo”, um comportamento comum em reuniões e palestras mistas, nas quais uma mulher não consegue concluir sua frase porque é constantemente interrompida pelos homens ao redor. *Mansplaining*, por sua vez, é uma junção entre *man* (homem) e *explaining* (explicando), “homem explicando”, que consiste num comportamento masculino recorrente de explicar didaticamente para uma mulher um assunto não necessariamente complexo em tom condescendente, como se ela tivesse pouca capacidade de compreensão. Sobre o assunto: <http://thinkolga.com/2015/04/09/o-machismo-tambem-mora-nos-detalhes/> (último acesso em 14/06/2016).

sistêmicos em domínios que deveriam ser regidos por formas de racionalidade não instrumental, mas as questões de gênero não explicitamente tematizadas por Habermas demonstram que normas de gênero e identidades de gênero canalizam a influência do mundo da vida por sobre os sistemas, que continuam, tanto no caso da política, quanto no caso da economia, subordinando a mulher ao homem, sem que isso seja uma consequência natural de seus próprios imperativos funcionais (e a segmentação da força de trabalho em função do sexo demonstra isso) (FRASER, 1995, p. 42). Habermas, segundo Fraser, explica novos movimentos sociais, como o movimento feminista, na chave de compreensão da “colonização do mundo da vida” – ou seja, em termos de luta contra a intrusão de mecanismos de integração sistêmica nas esferas reprodução simbólica da sociedade, que gera a erosão de contextos interpretativos e comunicativos. Se quanto ao primeiro elemento da descolonização (remoção de mecanismos de integração sistêmica das esferas de reprodução simbólica da sociedade), o que se busca é a afirmação da superioridade moral de um igualitarismo cooperativo por sobre interações estratégicas e hierárquicas, então não há razão para idealizar as instituições do mundo da vida enquanto esferas de interações livres: isso deve se aplicar tanto às famílias e às instituições da vida doméstica (que também se reproduzem pelos meios do dinheiro e do poder), quanto ao Estado e à economia oficial; além disso, o segundo elemento da descolonização (a reversão da direção de influência e controle do sistema para o mundo da vida) deve ser modificado, pois, como citado, normas de gênero já estruturam a economia oficial e os sistemas estatais; a questão, nesse quadro, não deveria estar em discutir *se* as normas do mundo da vida serão decisivas para os sistemas, mas *quais normas* do mundo da vida serão ou continuarão a ser decisivas (FRASER, 1995, p. 44).

A perspectiva com verdadeiro caráter emancipatório está, para Fraser, no terceiro elemento da descolonização do mundo da vida: na substituição de panos de fundo de interação estabilizados no mundo da vida por compreensões alcançadas comunicativamente. A intrusão dos sistemas em contextos do mundo da vida não é unicamente negativa: mulheres que se tornaram clientes do estado de bem estar social no período do pós-guerra podem ter experimentado novas formas de dominação, na medida em que suas vidas passaram a ser reguladas por burocracias estatais e poderes organizacionais; no entanto, isso significou pela primeira vez a chance para muitas mulheres nos Estados Unidos experimentarem relativa independência financeira e uma identidade externa à esfera doméstica (FRASER, 1995, p. 43). Movimentos sociais lutam não necessariamente contra a colonização sistêmica como um todo, mas contra os significados das normas inseridas nesses sistemas e decretadas nas políticas

públicas: muitas vezes, nessas lutas, movimentos sociais distintos, todos fincados no mundo da vida, disputam interpretações conflitantes sobre necessidades sociais, sobre a interpretação das normas e sobre os significados sociais do que é ser “homem” ou “mulher”, de forma que não basta reverter, em abstrato, a colonização sistêmica das esferas de reprodução simbólica da sociedade (FRASER, 1995, p. 44). Distintos movimentos sociais, com efeito,

estão engajados em lutas uns contra os outros e contra o estado e instituições corporativas sobre os significados sociais de “mulher” e “homem”, “feminilidade” e “masculinidade”; sobre a interpretação das necessidades das mulheres; sobre a interpretação e a construção social dos corpos das mulheres; e sobre as normas de gênero que modelam os principais papéis sociais de mediação das instituições. Os meios de interpretação e comunicação dos termos pelos quais esses significados sociais são elaborados, é claro, sempre estiveram controlados por homens. Assim, mulheres feministas estão lutando, com efeito, pela redistribuição e democratização do acesso a e do controle de recursos discursivos. Nós estamos, dessa forma, lutando pela autonomia das mulheres no seguinte sentido especial: por alguma medida de controle coletivo sobre os meios de interpretação e de comunicação que nos permitam participar ao lado dos homens em todos os tipos de interação social, inclusive na deliberação política e nos processos decisórios⁵⁹ (FRASER, 1995, p. 44–5).

Dessa forma, a questão, para o feminismo, não é tanto a colonização sistêmica *per se*, em abstrato, mas a disputa pela interpretação das normas de gênero e sociais que informarão a atividade *nos sistemas e no mundo da vida*, que podem permitir ou dificultar a participação das mulheres em todas as classes de interação social. Segundo Marie Fleming, a tese da colonização sistêmica do mundo da vida pode inclusive ter repercussões conservadoras, na medida em que se coloque como fonte de resistência à juridificação de uma esfera doméstica idealizada como lócus de relações comunicativas que, não obstante, está em muitos contextos organizada a partir de relações de dominação e subordinação; um programa de descolonização do mundo da vida poderia não só pouco avançar rumo à autonomia da mulher, mas promover retrocessos em questões como a (des)criminalização do estupro no interior do matrimônio e políticas de bem estar social de assistência à maternidade (1995, p. 118).

Em “Direito e Democracia”, Habermas propõe uma abordagem que supera a “unidirecionalidade” da “Teoria do Agir Comunicativo”. O direito passa a ser visto como uma

⁵⁹ Tradução livre de: “are engaged in struggles with one another and with state and corporate institutions over the social meanings of “woman” and “man,” “femininity” and “masculinity”; over the interpretation of women’s needs; over the interpretation and social construction of women’s bodies; and over the gender norms that shape the major institution-mediating social roles. Of course, the means of interpretation and communication in terms of which the social meanings of these things are elaborated have always been controlled by men. Thus, feminist women are struggling in effect to redistribute and democratize access to, and control over, discursive resources. We are, therefore, struggling for women’s autonomy in the following special sense: a measure of collective control over the means of interpretation and communication sufficient to permit us to participate on a par with men in all types of social interaction, including political deliberation and decision-making”.

dobradiça entre sistemas e mundo da vida, na medida em que é permeável, na sua positivação, à ação comunicativa proveniente do mundo da vida e pode, ao mesmo tempo, ser utilizado para a regulamentação do Estado e do sistema econômico, na medida em que é capaz de interferir nos códigos do dinheiro e do poder, responsáveis pela reprodução material da sociedade. O modelo de direito, com isso, é modificado. Na “Teoria da Ação Comunicativa” por mais que os cidadãos na esfera pública pudessem buscar influenciar a formação da opinião e da vontade coletiva, os influxos do poder gerado comunicativamente em esferas públicas autônomas se convertem em elementos de autolegitimação do poder tão logo passem a operar dentro da lógica sistêmica – de tal forma que a própria juridificação de âmbitos da vida traz um efeito intrinsecamente perverso, contrário às pretensões emancipatórias inicialmente perseguidas (REPA, 2008, p. 65–7). Na introdução à terceira edição em alemão da “Teoria do Agir Comunicativo”, de 1984, Habermas já havia admitido que a questão sobre se a comunicação racional no mundo da vida poderia impor limites às intrusões dos imperativos funcionais dos sistemas sociais autônomos, ou se, por outro lado, seria por eles colonizada, deveria ser reconhecida como uma questão empírica que não pode ser decidida de antemão no nível da teoria em favor do caráter inerentemente disruptivo dos sistemas (JOHNSON, 2004, p. 114). Em parte, as críticas de Nancy Fraser foram incorporadas em “Direito e Democracia”, pois a juridificação de relações sociais não é mais um elemento inerentemente perverso: o direito aparece como um instrumento adequado à estabilização de expectativas de comportamento em sociedades complexas pois é capaz de transformar o poder comunicativo em poder administrativo – sem que, de antemão, se possam diagnosticar supostos efeitos perversos numa tal transformação.

O direito, agora, se legitima a partir do momento em que é capaz de garantir igualmente a autonomia de todos os sujeitos associados – autonomia que, no campo do direito, aparece dividida em autonomia pública e autonomia privada: a garantia jurídica de uma zona de liberdades individuais protegidas institucionalmente depende de decisões democráticas coletivamente vinculantes sobre quais são os contornos e limites esferas privadas de liberdade. De fato, as políticas de equiparação do estado de bem-estar social podem ter efeitos perversos, mas isso decorre da aplicação de critérios errôneos de desigualação, que surgem quando a cidadania não é chamada para definir as circunstâncias que demandem tratamentos diferenciados ou prestações estatais em cada caso. A teoria habermasiana aparece, agora, mais adequada ao trabalho das lutas feministas, tal como caracterizadas por Nancy Fraser em sua crítica à “Teoria do Agir Comunicativo”: as mulheres devem dispor de controle coletivo sobre

os instrumentos discursivos necessários para tornar efetivas suas interpretações sobre suas necessidades políticas, econômicas e sociais e as maneiras de trata-las através do Estado, de tal forma que elas próprias possam definir os contextos em que será perseguida a igualdade formal, pelo critério da identidade, ou a igualdade material, pelo critério da diferença – e essa disputa pela interpretação de necessidades não pode ser delegada a administradores públicos, a juízes ou tampouco ao legislador político⁶⁰. No que diz respeito às críticas de Nancy Fraser a “Mudança Estrutural na Esfera Pública, tem-se que a autonomia depende da explícita tematização e problematização das questões de gênero a partir das particularidades e experiências dos sujeitos concretos, jamais da sua neutralização em nome de uma identidade abstrata, como numa teoria de viés mais liberal. O conteúdo jurídico da autonomia privada não é um dado acessível ao saber técnico especializado: tanto as exigências normativas para proteção da autonomia privada quanto a própria fronteira entre o que é público e o que é privado são construções históricas, políticas e sociais que as próprias afetadas devem interpretar.

Como havíamos discutido, quando Habermas procede à reconstrução do sistema de direitos em “Direito e Democracia”, procura não antecipar, no nível da própria teoria, quais são esses direitos – sob pena de incorrer numa teoria *substancial* da democracia e, com isso, violar o postulado de equiprimordialidade entre autonomias pública e privada, delimitando conteúdos que só podem ser resolvidos pelos próprios sujeitos associados. A questão é, assim, introduzida de modo “abstrato” pois em Habermas cabe à teoria “geral” do Direito e da Constituição clarificar quais são as condições de possibilidade da construção e do exercício intersubjetivo da autonomia no Estado, sem, no entanto, pretender ocupar por si própria o lugar da cidadania: o sistema democrático cobra internamente a institucionalização de procedimentos que permitam aos sujeitos juridicamente associados formular acordos e compromissos sobre quais diferenças relevantes devem ser levadas em consideração, mas quais serão especificamente esses procedimentos e esses acordos essa é uma questão empírica que não pode ser resolvida de antemão. Como discutimos em relação à primeira objeção de Rosenfeld, não há um nivelamento no nível da própria teoria entre a igualdade de gênero em sentido “formal” e “material” porque

⁶⁰ Segundo Habermas, conflitos relativos às lutas feministas por igualdade formal ou material, conforme o caso, “podem ser bem resolvidos, mas apenas se o poder de definição para experiências e situações especificamente ligadas a cada gênero não forem deixadas por mais tempo a cargo de especialistas ou mandatários. Os próprios envolvidos precisam lutar em fóruns públicos pelo reconhecimento das interpretações reprimidas ou marginalizadas sobre suas carências, a fim de que novas situações factuais sejam reconhecidas como relevantes ou carentes de regulamentação e de que se negociem critérios sob os quais se possa tratar com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual. Sem o princípio do tratamento em condições de igualdade, porém, transformado *a fortiori* em fundamento, não haveria base de sustentação para qualquer crítica ou reivindicação de revisão de critérios antigos” (2002b, p. 334–5).

as próprias lutas feministas por igualdade levantam pretensões universais que só podem ser históricas e contingentes: só seria possível estabelecer o conteúdo de um tal nivelamento no nível abstrato da teoria constitucional caso se parta do pressuposto de que há um universo de significados imutáveis especificamente femininos ou de que seja possível estabelecer de antemão quais são as exigências a-históricas de igualdade de gênero. A construção democrática da igualdade de gênero no Estado é um processo permanentemente inacabado pois direitos humanos e fundamentais não podem jamais se encontrar plenamente implementados: discursos sobre direitos são discursos sobre os sujeitos desses direitos, e o estabelecimento de uma categoria estável de “mulheres” é uma ficção normativa e reguladora que só pode se estabilizar ao custo da repressão dos seus elementos externos. A categoria “mulher” está (e sempre esteve) em disputa e problematização no interior do feminismo, que ganhou muito com isso; se durante o século XX mulheres negras denunciaram que os discursos pautados pela categoria “mulher” eram centrados nas experiências de mulheres brancas de classe média, atualmente a presença de mulheres transexuais e travestis no interior de movimentos feministas traz debates e experiências que novamente fazem deslocar os contextos e vivências colocados sob a categoria⁶¹.

Segundo Rosenfeld, na formulação mais branda de sua objeção feminista, o procedimentalismo habermasiano falharia em se manter neutro diante das perspectivas que ele abrange, pois a negociação de acordos e compromissos não é imune às disparidades de poder existentes na sociedade; como sempre será possível que algumas perspectivas sejam privilegiadas em detrimento de outras, seria necessário que os próprios procedimentos se desenvolvam dentro de condições materiais concretas que efetivamente permitam e tornem plausível que os participantes apresentem suas pretensões de validade e que suas perspectivas sejam levadas em consideração. O pluralismo político e a pura justiça procedimental são para ele em última instância incompatíveis, pois nenhum procedimento é justo em si mesmo: como demonstra o exemplo da aposta não viciada com dados (que, embora seja *a priori* um método equitativo de redistribuição de recursos, depende, por exemplo, de que os participantes não estejam sacrificando recursos alimentares da família), a justiça nunca está propriamente no

⁶¹ A presença de mulheres transexuais e travestis no feminismo não se dá isenta de conflitos. Segundo Vanessa Sander, há atualmente um “crescimento de discursos transfóbicos dentro dos espaços feministas (online e offline) (...). As TERF’s [*Trans Exclusionary Radical Feminist*] (como convencionou-se chamar as feministas contrárias a inclusão de pessoas trans) parecem ofendidas com o fato de que pessoas não designadas mulheres ao nascer possam posteriormente se identificar como tal. E elas satirizam tal identificação, tratando-a simplesmente como uma alucinação, uma escolha pessoal (num sentido individualista) sem maiores consequências, descolada de qualquer contexto” (2015).

procedimento, mas depende de normas substantivas compartilhadas (ROSENFELD, 1996, p. 818–21). A objeção de Rosenfeld tem elementos pertinentes, mas é em parte mal direcionada. A teoria habermasiana do direito é procedimental, mas nela a justiça não é puramente uma questão de procedimento, é uma questão empírica. O procedimento não é pensado como um instrumento que contém em si próprio a substância da justiça, pois nenhum procedimento pode neutralizar o risco da política democrática: a teoria do direito habermasiana indica apenas caminhos para que lidemos concretamente com esses riscos, de modo produtivo e desmistificado.

Por outro lado, de fato as pessoas não possuem as mesmas possibilidades concretas de enunciação na esfera pública. Por mais que os próprios envolvidos precisem lutar em fóruns públicos pelo reconhecimento das interpretações reprimidas ou marginalizadas sobre suas carências, no nível da teoria habermasiana, a possibilidade de que efetivamente tenham os meios para fazê-lo permanece hipotética. Mecanismos de disputa no Estado Democrático são vulneráveis às relações desiguais de poder que existem na sociedade. Judith Butler formulou diversas críticas a Habermas nesse sentido. A teoria habermasiana do direito não antecipa um juízo substantivo sobre essas relações desiguais de poder, mas tampouco dá a devida relevância à circunstância de que, mesmo no nível formal, elas limitam e condicionam todas as efetivas possibilidades dialógicas. Já em “Gender Trouble”, Butler denuncia o risco de que, sem levar em consideração que a noção de diálogo é culturalmente específica, historicamente limitada e operante em contextos em que nem todos os agentes têm igualmente reconhecidas suas competências discursivas, o modelo dialógico pode se degenerar num liberalismo que pressupõe agentes discursivos homogêneos, ocupantes de iguais posições de poder e de pressuposições homogêneas sobre o que constitui “acordo” ou “unidade” (2012, p. 35). A crítica de Butler e Murrain à implícita exclusão, no modelo habermasiano, de sujeitos não dotados de competência comunicativo-argumentativa da possibilidade de formulação de pretensões de validade universalizáveis, levantada no capítulo 7, cabe aqui ser lembrada, mas ela não exaure a questão: diferentes sujeitos podem ter as mesmas competências comunicativas, em abstrato, sem que elas sejam *reconhecidas* da mesma forma em distintos espaços sociais.

Habermas fundamenta a construção intersubjetiva do direito e do sentido das normas jurídicas a partir da dimensão de idealidade (uma dimensão, nesse sentido, normativa) que se encontra em permanente tensão com a facticidade de qualquer ação comunicativa. A idealidade da generalidade dos conceitos e dos significados e a idealidade dos conceitos de validade estão, para Habermas, ambas embutidas na própria comunicação linguística, intervindo na

constituição da realidade social: a organização de comunidades humanas por meio do direito se fundamenta na construção e reconstrução desses conteúdos normativos compartilhados, cujos sentidos são estabilizados no mundo da vida (que nos envolve em certezas imediatas, numa forma condensada e ao mesmo tempo deficiente de saber e poder), mas estão permanentemente sujeitos a se tornarem problemáticos mediante o ajuizamento de pretensões de validade criticáveis. A questão é que se essas normas compartilhadas, por um lado, conectam os indivíduos, formando as bases para suas reivindicações éticas e políticas e para a crítica do caráter inaceitável de determinadas operações restritivas, elas também fornecem os termos socialmente articulados pelos quais a “humanidade” é reconhecida a alguns indivíduos em maior medida do que a outros, dependendo da sua morfologia e da possibilidade de reconhecimento dessa morfologia, do seu gênero e da inteligibilidade desse gênero, etc. – o que repercute sobre o modo com que os sujeitos se reconhecem reciprocamente como titulares de direitos e da prerrogativa de inclusão em uma esfera política participativa⁶² (BUTLER, 2004, p. 2).

Habermas, como um autor de inspiração kantiana, define em “Direito e Democracia” a autonomia privada em sentido jurídico como uma zona de liberdades individuais garantidas institucionalmente sob o manto de direitos subjetivos protegidos pelo poder sancionador do Estado. Butler, que é uma autora de inspiração hegeliana, não está interessada apenas na zona de liberdades abstratas protegidas pelo Estado, mas, como vimos na seção 2.4, na liberdade social, que se torna efetiva na intersubjetividade, no reconhecimento da liberdade de cada sujeito concreto reciprocamente pelos demais sujeitos enquanto condição de possibilidade da própria liberdade. A questão central aqui é o papel importante, porém parcial, de uma teoria do direito em sentido estrito⁶³ no contexto mais amplo de uma teoria da justiça. Uma teoria do direito não pode, por seus próprios meios, buscar enfrentar *todas* as questões que dizem respeito

⁶² Butler não está segura de que temos, de fato, uma maneira de distinguir entre a função da norma como socialmente integrativa e o valor da “integração” sob condições opressivas, pois a própria ordem social pode ser excludente ou violenta: não haveria, se pergunta Butler, uma função inerentemente conservadora na norma quando se afirma que ela serve para preservar uma determinada ordem social? (BUTLER, 2004, p. 221). Acredito que, em sua forma, a noção de norma invocada por Habermas não possui uma função inerentemente conservadora. Os conteúdos intersubjetivamente compartilhados de sentidos idealmente estabilizados em contextos de interação social podem sim ser fonte de violência e normalização, mas o se, o como e o quando são questões empíricas que, nessa qualidade, não decorrem de uma característica essencial da norma que possa ser antecipada no nível da teoria. Normas sociais servem tanto para a reificação e normalização de determinados sujeitos quanto, em outros contextos, para emprego crítico contra uma realidade violenta.

⁶³ Como vimos, a “Filosofia do Direito” em Hegel (assim como o “Direito da Liberdade”, de Axel Honneth) não é uma filosofia do direito em sentido estrito; Hegel usou o termo “Direito” porque seu trabalho se voltou conscientemente para elementos normativos – para argumentos racionais para a fundamentação da legitimidade das “pretensões de existência” de distintas esferas sociais.

à igualdade de gênero, pois a efetivação dessa igualdade em esferas como a família e o mercado é apenas parcialmente permeável à regulamentação jurídica e porque as condições institucionais de reconhecimento das mulheres e de pessoas com identidades de gênero menos inteligíveis no processo legislativo democrático podem ser sim promovidas, mas não coercitivamente impostas por instrumentos jurídicos. Conforme coloca Axel Honneth, os sujeitos dependem de reconhecimento não só em suas relações jurídicas, como reconhecimento da sua competência racional para formar juízos e opiniões, mas de reconhecimento em todos os elementos da personalidade. Dessa forma, uma teoria da justiça

não pode limitar-se a desvendar o princípio de reconhecimento da relação jurídica já estabelecida [...]. Se ela efetivamente deve desbravar todas as condições sob as quais os sujeitos hoje podem alcançar a autonomia, a reconstrução normativa deve estar voltada a todo este espectro de relações sociais recíprocas sob as quais os sujeitos hoje podem alcançar a autonomia; ao lado das relações jurídicas, portanto, ao menos as relações familiares íntimas e as relações sociais de trabalho necessitam também ser tomadas como objeto de nossa teoria da justiça. Mesmo que as cidadãs e os cidadãos só possam interferir muito limitadamente nas esferas indicadas através da legislação democrática, também suas condições de reconhecimento se revelam como significativas para as questões de justiça, pelo fato de elas em grande medida corroborarem para o sucesso ou fracasso da autonomia individual (HONNETH, 2009a, p. 363).

A autonomia necessária para participação em um processo de autolegislação democrática de fato não se limita à esfera “abstrata” de uma esfera de liberdades juridicamente protegida; para uma teoria do direito, no entanto, esse é o ponto de partida mínimo e basilar. Elucidar todas as esferas normativas de reconhecimento recíproco, especialmente quanto a questões impenetráveis pelo Direito, não é uma tarefa disciplinar para ser desenvolvida diretamente pela pesquisa jurídica em direitos fundamentais – embora persista uma tendência mundial de definir a justiça pura e simplesmente como o respeito aos direitos humanos (HORN, 2013, p. 87). A advertência serve para que o direito reconheça o seu lugar numa teoria da justiça: um lugar que é importante, mas que não circunscreve a textura da justiça ou o conteúdo das lutas políticas por reconhecimento.

**PARTE 2 – DIREITO AO ABORTO E CONSTITUIÇÃO: IDENTIDADE, DIFERENÇA
E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

3. Do direito ao aborto enquanto objeto para a pesquisa em direitos humanos e fundamentais: colocação do problema

3.1 O problema do aborto inseguro no Brasil contemporâneo: aproximações iniciais

Segundo a Enciclopédia Internacional das Ciências Sociais (2008, p. 1–3), o aborto induzido – que, ao contrário do aborto espontâneo, é a terminação deliberada de uma gestação em andamento – é um fenômeno universal, presente em todas as culturas conhecidas, letradas ou iletradas, antigas ou contemporâneas⁶⁴, com diferenças apenas em relação aos métodos adotados, à difusão da prática e ao papel das religiões e do Estado. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, o abortamento é a interrupção voluntária ou não da gravidez até a vigésima semana de gestação, com o feto pesando menos de 500 gramas (para os casos em que a idade gestacional é desconhecida); o Ministério da Saúde do Brasil, por sua vez, define abortamento como a interrupção da gravidez até da 20^a à 22^a semana de gestação, com o produto da concepção pesando menos de 500g; aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento (RIBEIRO; SPINK, 2011, p. 63).

O Brasil possui hoje uma das legislações mais restritivas do mundo ocidental em relação ao aborto. A prática foi criminalizada no país pela primeira vez no Código Criminal do Império, em 1830, e desde então permaneceu tipificada pelos códigos subsequentes (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005, p. 11). Atualmente, os artigos 124 a 128 do Código Penal criminalizam o aborto praticado pela própria gestante ou por terceiros, com ou sem consentimento – salvo quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I, CP) ou em caso de estupro (art. 128, II, CP). Em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF 54), declarou inconstitucional a interpretação de acordo com a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos termos do Código Penal.

A clandestinidade e o estigma social associados ao aborto voluntário no Brasil são fatores que dificultam a realização de estudos que demonstrem a magnitude da prática (OSIS *et al.*, 1996, p. 444). A maior parte dos dados disponíveis está baseada ou em recortes

⁶⁴ “Induced abortion was certainly practiced in ancient societies. The oldest known recipe for abortifacients comes from an ancient Egyptian papyrus dating back to 1550 BCE, which lists substances that terminate pregnancy in the first, second, and third trimesters. Ancient Greeks also used herbal abortifacients, including silphium (a giant fennel), pennyroyal, and myrrh; modern analyses suggest that many of these were effective” (MCFARLANE, 2008, p. 1).

populacionais específicos (como em SOUZA *et al.*, 2014), ou em abordagens indiretas, como análise secundária de bancos de dados (como em CECATTI *et al.*, 2010). A primeira estimativa nacional baseada em método direto de apuração sobre o assunto foi o estudo “Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna” (DINIZ; MEDEIROS, 2010), laureado pela Organização Pan-Americana de Saúde com o prêmio Fred L. Soper à Excelência em Literatura em Saúde Pública, oferecido anualmente ao melhor trabalho publicado no meio científico especializado. A pesquisa aponta que o aborto é tão comum no país que, ao completar quarenta anos, 22% das brasileiras, ou *mais de uma em cada cinco mulheres do país*, já terá se submetido voluntariamente a um aborto (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 964). A estimativa da Organização Mundial de Saúde (OMS) é de que 22 milhões mulheres se submeteram, em 2008, a abortos inseguros em todo o mundo, sendo que praticamente a totalidade desses procedimentos ocorreu em países em desenvolvimento (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2011)⁶⁵.

Em estudo sobre os itinerários e métodos do abortamento ilegal no Brasil, decorrente dos resultados da etapa de entrevistas estruturadas da “Pesquisa Nacional de Aborto”, concluiu-se que “a rapidez e facilidade com que uma mulher aciona uma rede de cuidados e dispositivos para abortar é um dos sinais de como a cultura do aborto é compartilhada entre as mulheres no Brasil” (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 1679). Não há, para os autores, como descrevê-la como uma cultura secreta: as semelhanças encontradas entre mulheres tão diferentes espalhadas ao longo do território nacional, durante a pesquisa, mostra que se trata de uma cultura feminina clandestina à restrição legal, mas transmitida entre diferentes gerações (DINIZ; MEDEIROS, 2010, p. 1679–80), o que demonstra a ineficácia da criminalização.

⁶⁵ Ainda que o campo de pesquisas sobre o aborto no Brasil seja “dominado por mulheres pesquisadoras, sediadas em universidades públicas e organizações não governamentais da Região Sudeste, com formação em Ciências da Saúde” (DINIZ, DEBORA *et al.*, 2009, p. 939), há inúmeros estudos sociodemográficos e antropológicos sobre a incidência do aborto no Brasil e regiões. Ver, a título de exemplo, MARTINS-MELO *et al.* 2014, em que foram analisadas tendências temporais e padrões de distribuição espacial do aborto inseguro no Brasil, concluindo que aborto inseguro se mantém como problema de saúde pública, com fortes diferenças regionais e concentração nas regiões socioeconomicamente mais desfavorecidas do País; BORSARI *et al.* 2013, que, ao analisar aspectos socioeconômicos e emocionais do aborto provocado e espontâneo na periferia da cidade de São Paulo, concluiu que o aborto provocado está relacionado a condições socioeconômicas desfavoráveis; SILVA, ANDREONI 2012, que investigaram fatores associados ao aborto induzido entre jovens de uma comunidade pobre da cidade de São Paulo, que verificou que “a chance de se optar pelo aborto se reduz 17% para cada incremento de um ano na idade dos jovens”, verificando necessidade de investimento em contracepção; LEAL, 2012, que identificou, em estudo etnográfico, uma fluidez de significados atribua respeito do aborto em populações de baixa renda; e MELLO, SOUSA, FIGUEROA 2011, sobre a magnitude e as motivações para a prática do aborto inseguro em Pernambuco. Para um panorama geral dos resultados da pesquisa sobre o aborto realizada no Brasil nas duas últimas décadas, ver a coletânea “20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil”, publicada pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2009).

A taxa de condenações criminais pela prática aborto é insignificante (SARMENTO, 2005, p. 80). Nesse quadro, embora não se possa deixar de considerar a força simbólica da criminalização do aborto sobre o imaginário social e subjetivo das mulheres que o praticam (SCAVONE, 2008b, p. 675), o efeito mais sensível da proibição é o de obrigar milhares de mulheres a recorrerem a procedimentos clandestinos para pôr termo a uma gestação indesejada. Com o cerceamento da oferta de métodos seguros para o abortamento e com o risco a que se submetem os profissionais de saúde envolvidos com a prática, o procedimento realizado em condições adequadas é artificialmente levado a se tornar muito caro, de forma que são sobretudo mulheres em situação vulnerável, negras e pobres, as que colocam suas vidas e saúdes em risco, submetendo-se a procedimentos clandestinos, perigosos e realizados sem as necessárias condições de higiene e segurança (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005, p. 10; SOUZA, MILENA GOULART *et al.*, 2014). Apesar das dificuldades relativas à subnotificação das mortes por aborto, já que muitos óbitos devido à septicemia e hemorragia decorrentes de complicações de abortamentos não são devidamente computados (CECATTI *et al.* 2010, p. 106), um estudo nas capitais brasileiras, com utilização de um fator de correção, permitiu identificar que o abortamento correspondia à terceira causa de morte materna no país (LAURENTI; JORGE; GOTLIEB, 2004)⁶⁶.

Os distintos trabalhos aportados nesta seção inicial apontam, a partir de suas distintas perspectivas, para conclusões semelhantes: o aborto é amplamente praticado pelas mulheres brasileiras, à revelia da da proibição legal; a inocuidade da criminalização em termos de dissuasão da conduta mostra que a vedação legal ao aborto voluntário apenas se presta a empurrar para a insegurança e para a clandestinidade as mulheres que procuram interromper voluntariamente uma gestação – o que causa sérios problemas à saúde das mulheres, afetando principalmente a vida, saúde e integridade física de mulheres negras e pobres.

3.2 Movimentos feministas e a luta por direitos sexuais e reprodutivos no Brasil

O aborto no Brasil foi criminalizado no Código Criminal do Império. O atual marco jurídico-penal sobre a questão data de 1940, data de promulgação por Getúlio Vargas do

⁶⁶ Pesquisa mais recente apontou que as internações decorrentes de aborto inseguro foram a terceira causa de morte materna no Estado do Rio de Janeiro, entre 1999 e 2007 (GALIL; VIANA; SHIRAIWA, 2010).

Decreto-Lei 2.848, durante o Estado Novo. O assunto, no entanto, começou a ser problematizado apenas a partir da década de 70, quando foram publicados os primeiros trabalhos científicos relacionando a questão do aborto provocado à saúde pública (BARSTED, 1992, p. 107). No período compreendido entre 1964 e 1979, apenas 13 projetos de lei sobre direitos sexuais e reprodutivos foram discutidos no Congresso Nacional, sendo que a maior parte deles se referia à extinção da vedação da divulgação de métodos anticoncepcionais, presente na Lei de Contravenções Penais (ROCHA, 2006, p. 370).

Mesmo que o campo feminista seja marcado por uma forte heterogeneidade e conflituosidade interna, no influxo do tempo e dos distintos contextos históricos, é seguro, ainda assim, afirmar que a luta pela descriminalização do aborto é hoje uma pauta praticamente unânime do movimento feminista (MAYORGA; MAGALHÃES, 2008, p. 154). Os debates sobre a vivência e o exercício da sexualidade pelas mulheres ganham força no cenário público durante a década de 80; antes disso, o movimento tendia a deixar essas questões de fora da pauta pública – seja pelas próprias condições do país, que exigiam um engajamento do movimento feminista na luta contra a ditadura militar; seja por estratégia, pois “a esquerda via a questão como um tema burguês e a direita como uma ameaça à família” (PINTO, 2003, p. 84). Embora desde meados da década de 1970 o feminismo brasileiro já tivesse uma posição política sobre o aborto enquanto direito individual, ao abordar demandas pelo direito ao aborto as mulheres costumavam substituí-las por fórmulas gerais, como “direito de decidir pelo número de filhos desejados” e “direito de conhecer e decidir sobre seu próprio corpo” (SCAVONE, 2008b, p. 674).

Nesse contexto de incipiente institucionalização da organização das mulheres, se consolidou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), criado como resultado da intensa mobilização feminina durante a campanha das “Diretas Já”. O Conselho congregou e articulou as mulheres em torno das mobilizações relativas à Assembleia Nacional Constituinte. Com o lema de que “Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher”, o movimento em torno do CNDM coordenou a campanha pelos direitos da mulher na Assembleia (MAYORGA; MAGALHÃES, 2008, p. 157–8; PITANGUY, 2011, p. 21). Muito embora houvesse um reduzido número de constituintes mulheres, a atuação do CNDM, acolhida por um regimento que, revisto, abriu canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada na constituinte (CARVALHO NETTO, 2002b, p. 43–5) e baseada nos princípios expostos na “Carta das mulheres brasileiras aos constituintes”, logrou importantes vitórias, como o estabelecimento da igualdade no seio da sociedade conjugal e a inserção da previsão de licença

paternidade no texto constitucional (PITANGUY, 2011, p. 24). No âmbito da saúde, conforme relato de Jacqueline Pitanguy, que presidiu o CNDM de 1986 a 1989:

a partir da atuação do movimento sanitarista, que incorporou na nossa constituição o princípio de que saúde é um direito de todos e um dever do Estado, lutamos por expandir este princípio ao campo da saúde reprodutiva, pelo reconhecimento do direito de realizar escolhas reprodutivas livres de coerção e amparadas por informações e meios cujo acesso deveria ser garantido pelo Estado. As demandas das mulheres no âmbito da saúde foram debatidas em um grande encontro nacional sobre saúde da mulher, organizado pelo CNDM, com delegações de todo o país. Entre os vários temas, foi aprovada a questão do direito ao abortamento. Esta questão não foi, entretanto, incorporada à Constituição. Isto porque, diante das forças conservadoras já articuladas na campanha pela proteção do feto desde a concepção, o CNDM entendeu que a melhor estratégia era argumentar que o aborto não era matéria constitucional, evitando graves retrocessos, o que também contabilizamos como uma forma indireta de vitória (PITANGUY, 2011, p. 26).

Apesar de a luta das mulheres não ter logrado incluir na Constituição menção expressa ao direito ao aborto, o fato de que o texto constitucional não contém a expressão “garantir a vida desde a concepção”, que tornaria muito mais árdua a luta em prol dos direitos sexuais e reprodutivos, foi uma vitória do CNDM e do movimento feminista.

Os anos seguintes foram marcados por disputas pelo reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, em arenas internacionais. Dois marcos são aqui importantes: a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada em 1994, no Cairo – em que 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos – e a IV Conferência Mundial da Mulher, em Pequim (ANJOS *et al.*, 2013, p. 513)⁶⁷. Em âmbito nacional, a disputa em relação ao aborto, na década de 80, esteve centrada na ampliação das hipóteses em que o aborto é permitido por lei e na garantia de acesso à rede pública de saúde para realização de abortos em caso de estupro ou de risco de morte para a mulher (BARSTED, 1992). Nos anos seguintes, normas técnicas operacionais do Ministério da Saúde buscam garantir a realização do aborto na rede do SUS, nos casos autorizados pela lei – mais especificamente, a partir de 1997, com a Resolução 258, de 6/11/1997, do Conselho Nacional de Saúde, norma cuja abrangência foi ampliada em 2005⁶⁸ (VENTURA, 2011, p. 312). A história dos debates e das ações políticas feministas em prol da liberalização do aborto no

⁶⁷ Para uma discussão sobre as disputas políticas envolvendo a questão dos direitos sexuais e reprodutivos no Cairo e em Beijing ver CORRÊA; PARKER, 2004; ROCHA, 2006; GIRARD, 2008; VIANNA; CARRARA, 2008; CORRÊA, 2009.

⁶⁸ Para uma discussão sobre os serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual no Brasil, ver OLIVEIRA *et al.*, 2005; PILECCO *et al.*, 2011.

País foi marcada por avanços, recuos e, sobretudo, por negociações políticas (SCAVONE, 2008b, p. 676)⁶⁹. No âmbito do Poder legislativo,

imediatamente após a Constituinte, foram apresentados seis projetos de lei, sendo a maioria com o objetivo de ampliar os permissivos legais ou mesmo descriminalizar o aborto. Nas duas legislaturas seguintes, situadas nos anos 90, mais 23 propostas foram apresentadas e sua maior parte era, de algum modo, favorável à permissão da prática do aborto – embora já tivesse começado uma reação a essa tendência no Congresso. Nas duas outras legislaturas posteriores, iniciadas em 1999 e 2003, respectivamente, foram enviadas outras 34 proposições e acentuou-se a reação conservadora, que, na realidade, já vinha emergindo na segunda metade do período anterior (ROCHA, 2006, p. 373).

Nas legislaturas de 2003-2006 e de 2007-2010, com a chegada de Lula ao governo, por fim, destacam-se alguns momentos críticos no que diz respeito à discussão sobre o direito ao aborto no país:

1) a aprovação no Congresso Nacional em 2005, com sanção do presidente Lula, da Lei de Biossegurança, que autorizou a extração de células-tronco embrionárias de embriões restantes de reprodução assistida e decorrente ação no Supremo Tribunal Federal julgada em 2008; 2) a posição do ministro da Saúde José Gomes Temporão que coloca o aborto como problema de saúde pública e defende sua descriminalização em 2007; 3) a proposta do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), em dezembro de 2009, debatida em 2010, de apresentar projeto legislativo que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos (LUNA, 2009b, p. 87).

Atualmente, é perceptível uma tendência à manutenção de uma agenda conservadora, no Congresso Nacional, em relação aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Entre 2003 e 2008, por exemplo, de 124.318 pronunciamentos realizados na Câmara dos Deputados, apenas 225 tiveram o aborto como tema central; outros 112, como tema secundário (MIGUEL, 2012, p. 668–9). De todos esses, apenas 47 foram os discursos favoráveis à legalização do aborto, à ampliação dos casos de aborto legal ou à redução das punições em virtude da prática (MIGUEL, 2012, p. 669). O Projeto de Lei 1.135/91, de autoria dos Deputados Eduardo Jorge (PT-SP) e Sandra Starling (PT-MG), que pretendia retirar a criminalização do aborto do Código Penal, foi votado na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados e rejeitado por 33 votos a zero, isto é, por unanimidade; em julho de 2008, a medida foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que aprovou, por 33 votos contra 4, o parecer do relator, Deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ), “pela inconstitucionalidade,

⁶⁹ Para uma abordagem histórica das lutas feministas pela descriminalização do aborto no Brasil, ver SCAVONE, 2008b; VENTURA, 2011; BARSTED, 1992.

injuridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição” do Projeto de Lei; após apreciação de recursos, o PL foi finalmente arquivado em janeiro de 2011 (MIGUEL, 2012, p. 665).

Mais recentemente, ocorreu a aprovação, em junho de 2013, do controverso PL 478/2007 na Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados. O projeto pretende instituir o “Estatuto do Nascituro” no Brasil, para, dentre outras disposições, criminalizar a pesquisa com células-tronco embrionárias; aumentar as penas para os tipos de aborto já criminalizados pela legislação penal; superar o entendimento assentado pelo STF quando ao caráter penalmente atípico do aborto de fetos anencefálicos; criminalizar a “apologia ao aborto”; e oferecer “proteção integral ao nascituro”, que passaria a ser sujeito de “expectativa de direito à vida” a ser prioritariamente assegurada pela família, pela sociedade e pelo Estado⁷⁰.

No âmbito jurisdicional, mais especificamente no Supremo Tribunal Federal, até recentemente, os conceitos centrais em torno dos quais se articulam os discursos favoráveis e contrários ao direito ao aborto no Brasil ainda não haviam sido discutidos – muito embora a jurisdição constitucional de diversos países do mundo já tenha enfrentado a questão do direito ao aborto. Nos Estados Unidos e no Canadá, o direito fundamental à realização do aborto foi reconhecido pelas respectivas cortes supremas, no famoso caso *Roe vs. Wade*, no primeiro, e no caso *Morgentaler, Smoling and Scott vs. The Queen*, no segundo. As cortes constitucionais de outro países, provocadas a se manifestar após a edição de leis que garantiam em maior ou menor medida o direito ao aborto, referendaram-no como compatível com o texto constitucional: é o caso de França, Portugal e Espanha. Em particular nos Estados Unidos, desde que a Suprema Corte declarou que qualquer legislação estadual que proíba o aborto para proteger o feto nos dois primeiros trimestres de gravidez é inconstitucional, em 1973, o tema passou a ser fundamental para toda a teoria constitucional norte-americana – a ponto de Ronald Dworkin chegar a comentar que há o risco de ver a teoria constitucional estadunidense limitada a um único tema (DWORKIN, 2009, p. 173).

Na ADI 3510 – em que se declarou a constitucionalidade dos dispositivos da lei de biossegurança que autorizam, em algumas condições, o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica – o Supremo Tribunal Federal firmou importante jurisprudência em relação à vida humana pré-natal. Na ocasião, o Tribunal afirmou, por maioria, seguindo entendimento do relator, Ministro Ayres Britto, que a Constituição, em tendo se mantido silente em relação à proteção a qualquer forma de vida intrauterina, não oferece diretamente proteção

⁷⁰ Para uma discussão sobre a questão do direito ao aborto no Congresso Nacional, ver também ROCHA; ROSTAGNOL; GUTIÉRREZ, 2009; ALDANA, 2008; LUNA, 2014.

constitucional à vida em potencial do embrião ou do feto – ainda que o silêncio constitucional não implique que a legislação infraconstitucional, em seus estritos limites, não possa oferecer proteção a essa vida.

Na ADPF 54, por sua vez, o Tribunal encerrou uma antiga controvérsia jurídica, relativa à tipicidade do aborto de fetos anencefálicos. Até então, em caso de diagnóstico de anencefalia, as mulheres eram obrigadas a recorrer ao Judiciário para obter a autorização para um aborto terapêutico. Disso decorriam duas principais dificuldades: não só a jurisprudência sobre a matéria oscilava, como muitas vezes os processos judiciais perdiam o objeto, uma vez que as decisões demoravam mais do que o tempo remanescente de gestação (DINIZ, 2003, p. 253–60). Muito embora tenha se verificado, como é comum no Brasil, uma integração anárquica do conteúdo dos princípios constitucionais, com votos desconexos e ausência de explicitação de razões e fatos que levaram à formação do julgado (NUNES *et al.*, 2011, p. 658), o STF declarou inconstitucional a interpretação de acordo com a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos termos do Código Penal⁷¹.

3.3 Do direito ao aborto enquanto objeto para a pesquisa jurídica em direitos fundamentais: hipótese de trabalho

A atual legislação repressiva brasileira em matéria de aborto foi elaborada em princípios da década de 40 do século passado, em circunstâncias sociais absolutamente distintas das atuais. O contexto era de uma sociedade ainda mais machista e patriarcal, em que pouco se cogitava de um exercício da sexualidade feminina que não estivesse circunscrito às finalidades reprodutivas. Basta lembrar que o homem era juridicamente considerado o chefe da família, que a mulher necessitava de autorização do marido para a prática de diversos atos da vida civil, bem como que “a ausência de virgindade da mulher desconhecida pelo ‘cônjuge varão’ era considerada ‘erro essencial sobre a pessoa do cônjuge’ e motivo de anulação do casamento” (BARSTED, 2010, p. 249). No âmbito jurídico, não se cogitava da plena igualdade *formal* entre os sexos, conquistada tão somente com a Constituição democrática de 1988.

Em especial após as críticas capitaneadas pelas sucessivas gerações de lutas de mulheres e lutas feministas, no presente contexto histórico é inequivocamente mais amplo o

⁷¹ A questão da anencefalia fetal e sua discussão no Poder Judiciário foi analisada por acadêmicas feministas. Ver, por exemplo, LUNA, 2009, 2013; RIBEIRO; SPINK, 2011, 2012.

horizonte de sentido em que é possível buscar compreender as questões relativas às mulheres – bem como as possíveis repercussões constitucionais dessas novas perspectivas. Atualmente, não podem ser ignoradas as críticas à atribuição à mulher do papel social de cuidado do outro, que decorreria de sua própria natureza, em função da capacidade física feminina para a gestação – de tal forma que a maternidade seja vista como impingida à mulher por encargo de seu próprio equipamento biológico (CAVALCANTE; BUGLIONE, 2008, p. 127). A partir da ideia de gênero, ou seja, a partir da concepção de que não existe nenhum fato biológico que não seja mediado pela cultura, o feminismo denunciou que não existe representação da diferença sexual independente dos significados dados anteriormente à diferença – significados que não raro possuem sentidos de inferiorização das mulheres e legitimação de práticas de subalteridade e de violência, simbólica ou mesmo material (MAYORGA; MAGALHÃES, 2008, p. 141). Os movimentos feministas introduziram novas perspectivas e novas interrogações aos diferentes saberes disciplinares (MATOS, 2008, p. 340).

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo de (re)inauguração de um projeto que transcende ao seu momento de promulgação. Ela reafirma os ideais de autonomia e emancipação presentes nas revoluções do final do século XVIII, mas, como projeto constituinte, apenas enuncia o sentido performativo dessa prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos (HABERMAS, 2001, p. 775). Uma constituição democrática, em seu conteúdo e em sua forma de legitimação, é um projeto aberto que constrói uma tradição a partir sua promulgação e que nos possibilita aprender com o direito e com a história, cabendo às gerações seguintes atualizar o conteúdo normativo inesgotável do sistema de direitos fundamentais promulgado (HABERMAS, 2001, p. 774). Na medida em que os cidadãos se sintam identificados com o projeto democrático de uma comunidade constitucional, eles podem se apropriar criticamente desse projeto e da sua história, verificando, a qualquer momento, se práticas políticas concretas estão à altura das promessas enunciadas no momento fundacional. O que mantém legítimos e aceitos os dispositivos de um Código Penal elaborado em 1940 é o fato de que eles possam ser continuamente relidos e reinterpretados à luz de uma Constituição estabelecida democraticamente – no marco da construção de um projeto político pluralista, caracterizado pelo desacoplamento entre a integração ética de grupos e subculturas com suas identidades coletivas próprias do plano da integração política abstrata (HABERMAS, 2002a, p. 261), o que possibilita uma adesão autônoma aos fundamentos de um regime constitucional que não se assenta em “substratos culturais pré-políticos de uma pretensa comunidade étnico-nacional” (CATTONI DE

OLIVEIRA, 2006, p. 68), mas justamente na convivência política democrática ao redor de um conjunto compartilhado de princípios políticos e constitucionais. Contra uma concepção jusnaturalista e essencialista dos direitos humanos e fundamentais, a pesquisa não busca encontrar soluções “neutras” e “objetivas” para problemas morais controversos no interior da sociedade; ao contrário, é necessário compreender como os conceitos centrais nas disputas políticas relativas aos direitos sexuais e reprodutivos (vida, igualdade, liberdade, autonomia, saúde, integridade física e psicológica, etc.), são disputados na esfera pública política por seus distintos atores e atrizes.

Por meio da ideia de “gênero” enquanto referencial normativo – ou seja, a partir da compreensão do caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo – é possível perceber de que forma os distintos discursos sobre direitos sexuais e reprodutivos criam e enunciam, metafórica ou metonimicamente, os seus sujeitos com marcas de gênero específicas, e de que modo esses discursos servem à ampliação das liberdades ou à subordinação de uns pelos outros. Em Rosenfeld, por meio do instrumental discursivo da negação, da metáfora e da metonímia, igualdade e diferença não se distanciam em polos antagônicos, mas permanecem em permanente tensão, na medida em que os discursos sobre a(s) identidade do(s) sujeito(s) constitucional(is) forjam conexões identitárias ou diferencialistas sempre contextuais, tensas e polêmicas, como também sugere Joan Scott – numa atividade que está sempre pressuposta em qualquer discurso sobre direitos fundamentais. O instrumental analítico proposto por Rosenfeld permite radicar a pesquisa jurídica em direitos fundamentais na análise dos discursos dos próprios participantes da prática interpretativa que é o direito, ao longo da história. Assim, a partir do pressuposto de que não há um conjunto de verdades essenciais por trás do sexo ou do gênero, é possível analisar, em sua contingência, as distintas identidades produzidas pelos discursos jurídicos e políticos, buscando demonstrar de que formas e em que contextos elas legitimam a liberdade ou excluem de sua órbita configurações que não se adequam às fronteiras regulatórias da norma – pois “as categorias de identidade nunca são meramente descritivas, mas sempre normativas e como tal, exclusivistas” (BUTLER, 1998, p. 24). O constitucionalismo democrático está baseado no reconhecimento intersubjetivo de princípios constitucionais, que se tornam disponíveis para seu emprego crítico. A democracia é um processo permanentemente inacabado na medida em que os direitos humanos e fundamentais não possuem essências que, em determinado momento, poderiam encontrar-se plenamente implementadas. Os direitos fundamentais são inescapavelmente inconclusos, insaturáveis, abertos a novos desdobramentos na medida em que se colocam como objeto de disputas políticas e sociais.

Na análise da questão dos direitos sexuais e reprodutivos no Estado Democrático de Direito, adotar o ponto de vista disciplinar do Direito Constitucional muitas vezes implica partir – como faz o próprio Michel Rosenfeld – de perspectivas contratualistas; é então necessário ter em mente as lições de Carole Pateman (1993): os contratualistas clássicos contam uma história da formação da sociedade civil e do direito político por meio de um contrato original, que funda a autoridade do Estado, da legislação e do governo; no entanto, a questão do contrato sexual, que estabelece o domínio dos homens sobre as mulheres é sistematicamente recalcada. Somente os homens são “indivíduos” e nascem “livres e iguais”, e a exclusão das mulheres da categoria fundamental de “indivíduo” encontrou e encontra ampla expressão social e jurídica. Por isso, importa, novamente, ter em mente o modo particular com que a enunciação do “povo”, fundado na promessa de liberdade política, não se limita a descrever a pluralidade designada, mas produz e dá lugar a essa mesma pluralidade (BUTLER, 2014, p. 51). Na construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional, o conceito de “povo” enquanto autor e destinatário dos direitos constitucionais é ocupado e reocupado ao longo da história, na medida em que a matéria sujeita à jurisdição constitucional [the subject-matter] se coloca como objeto de disputas políticas e sociais, no curso de uma história da liberdade que é sempre possível, com cautela, projetar e reconstruir.

A hipótese adotada pelo presente trabalho é de que é juridicamente exigível, pela via principal ou incidental, atuação mais ofensiva da jurisdição constitucional no sentido de declarar inconstitucional, sem redução de texto, a incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal à hipótese de aborto realizado no primeiro trimestre de gestação (até a décima terceira semana), por patente violação, nessa hipótese, dos direitos fundamentais à saúde, à privacidade, à autonomia reprodutiva, à igualdade e à liberdade de crença das mulheres, precipuamente impactante sobre a vida das mulheres pobres e negras. Não se trata, a todo efeito, da defesa de que a criminalização do aborto é em toda e qualquer circunstância inconstitucional. A escolha da décima segunda semana como marco temporal se dá, em primeiro lugar, porque a divisão da gestação em três trimestres não é estranha à literatura médica e à prática clínica. Além disso, por questões que serão mais bem trabalhadas adiante, é bastante comum que a prática do aborto seja considerada moralmente mais grave conforme avança a gestação – sendo a viabilidade fetal, por volta da vigésima quarta semana de gestação, em geral o limite adotado para a prática juridicamente permitida, mesmo nos países com legislações mais liberais em relação ao

aborto⁷². Nesse quadro, por mais que a escolha de marcos temporais mais avançados da gestação para a autorização legal do aborto legal seja sempre possível a partir do exercício da atividade legislativa, do ponto de vista deontológico da aplicação jurisdicional de direitos fundamentais faz-se necessário estabelecer um limite que, embora em alguma medida arbitrário, seja suficientemente cauteloso inclusive para afastar a hipótese analisada de qualquer elucubração sobre a possibilidade de dor fetal ou de viabilidade extra-uterina do conceito. Com efeito, até a 13ª semana de gestação, o feto terá no máximo sete centímetros de comprimento e 23g de peso – momento em que a literatura biomédica afirma não estarem sequer minimamente formadas as estruturas neurológicas imprescindíveis para que exista sensibilidade a qualquer estímulo de dor⁷³. Quanto mais avança a gestação, mais controversa é a legitimidade da sua proibição legal. O estabelecimento do primeiro trimestre enquanto marco temporal afasta a discussão de zonas cinzentas e permite que ela seja discutida a partir do código binário lícito-ilícito que é próprio ao campo jurídico enquanto tal (inclusive ao Direito Constitucional), distinguindo-o do campo da política (em que a fundamentação das normas jurídicas dá abertura ao emprego de um repertório discursivo mais amplo). A hipótese de que é exigível jurisdicionalmente, pela via incidental ou principal, a declaração parcial de inconstitucionalidade (ou de não-recepção), sem redução de texto, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, será analisada a partir do equacionamento das questões levantadas nos próprios debates e discussões já realizados institucionalmente no Brasil sobre esse assunto, em especial no Legislativo e no Judiciário.

No que diz respeito ao direito ao aborto, os discursos dos distintos atores envolvidos nas lutas políticas pela ampliação ou pela restrição de direitos sexuais e reprodutivos, na medida em que fazem referência a um horizonte comum de direitos fundamentais e de conceitos

⁷² A decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Roe x Wade* (410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705 (1973)) partiu do marco da divisão da gestação em trimestres, delimitando que, no primeiro trimestre, o aborto é de livre decisão da gestante; no segundo trimestre, é constitucional a regulamentação do exercício do direito, mas apenas em nome da proteção da saúde da gestante; no terceiro trimestre, por fim, o aborto poderia ser proibido pelos Estados, diante do alcance da viabilidade extrauterina.

⁷³ Segundo estudo publicado em “The Journal of the American Medical Association”, com altíssimo fator de impacto nas ciências médicas, a percepção de dor pelo feto antes do terceiro trimestre de gestação é altamente improvável: “pain perception requires conscious recognition or awareness of a noxious stimulus. Neither withdrawal reflexes nor hormonal stress responses to invasive procedures prove the existence of fetal pain, because they can be elicited by nonpainful stimuli and occur without conscious cortical processing. Fetal awareness of noxious stimuli requires functional thalamocortical connections. Thalamocortical fibers begin appearing between 23 to 30 weeks' gestational age, while electroencephalography suggests the capacity for functional pain perception in preterm neonates probably does not exist before 29 or 30 weeks” (LEE *et al.*, 2005). Em sentido semelhante, também DERBYSHIRE, 2008; LOWERY *et al.*, 2007. Agradeço à Dra. Ana Luiza Ciminelli (CRM 66.751), que gentilmente revisou a literatura sobre o assunto e me indicou os textos publicados em periódicos com maior fator de impacto.

centrais para o Direito Constitucional (vida, igualdade, liberdade, autonomia, saúde, integridade física e psicológica, etc.), disputam um espaço de enunciação comum sobre a identidade do sujeito constitucional. A questão do direito ao aborto está impregnada de conteúdo constitucional – embora, para além da ADPF 54, que tratou apenas de casos de anencefalia fetal, a jurisdição constitucional brasileira, seja difusa ou concentrada, ainda não tenha sido instada a se manifestar sobre a compatibilidade da criminalização da interrupção voluntária não-circunstanciada da gravidez, de 1940, com os princípios da ordem democrático-pluralista inaugurada com a Constituição democrática. Essa complexa tarefa hoje se impõe à pesquisa jurídica em direitos fundamentais. Considerando que o direito de cidadania não se limita aos procedimentos formais do direito ou à lógica da argumentação, mas deve se estender às distintas “narrativas” da identidade, é necessário analisar também as experiências de distintas mulheres que se submetem a abortamentos clandestinos, e o modo com que essas experiências são significadas⁷⁴. Sobre essas bases, *torna-se possível analisar criticamente os discursos políticos e a jurisprudência do STF que toca as questões estudadas, de forma a verificar se há potencial para uma atuação mais ofensiva da jurisdição no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade da aplicação da lei penal a outras modalidades de aborto voluntário.*

É necessário ressaltar que o direito ao aborto é um assunto extremamente complexo e multifacetado, que pode ser abordado desde uma infinidade de perspectivas. Como demonstra o longo e conturbado percurso histórico de construção dos serviços de atendimento pelo SUS aos casos de aborto permitidos pela legislação penal desde 1940, a mera previsão jurídica do direito de realização do aborto a pouco se presta se não estão institucionalizados os mecanismos públicos para acesso efetivo a esse direito⁷⁵. Em análise de 2008 sobre os serviços de

⁷⁴ Há bibliografia, grande parte dela produzida por pesquisadores do campo da enfermagem, em que são retratados os relatos das mulheres internadas em função de abortos ilegais sobre seus contextos e suas experiências. Ver, por exemplo, PEDROSA; GARCIA, 2000, em que são discutidos os significados atribuídos ao abortamento induzido por mulheres que abortaram; FARIA *et al.*, 2012, em que se buscou compreender a experiência e as necessidades de cuidado das adolescentes em situação de abortamento; BENUTE *et al.*, 2006, em que foram entrevistadas 35 gestantes cujo feto era portador de malformação letal e que realizaram a interrupção da gestação após solicitação de autorização judicial. Além dessas pesquisas, ver também SOUZA; DINIZ, 2011; SANTOS *et al.*, 2014; CARNEIRO *et al.*, 2013, BORSARI *et al.*, 2013.

⁷⁵ O mesmo pode ser dito em relação ao direito ao aborto nos Estados Unidos, em que se observou, após a histórica decisão da Suprema Corte no caso *Roe x Wade* – que reconheceu que o direito constitucional das mulheres à privacidade inclui o direito à realização do aborto livre de coerção estatal até o terceiro mês de gestação –, um progressivo processo de burocratização e embaraçamento do acesso ao direito. Como anota Susan Faludi, “a história da campanha contra o aborto nos anos que se seguiram ao Roe é bastante conhecida: os mais de cinquenta projetos de lei apresentados só no primeiro ano após o Roe para restringir os seus efeitos; a tentativa de 1974 para votar uma emenda constitucional para acabar com ele; a bem sucedida Emenda Hyde de 1976, cortando as verbas federais para o aborto; o cada vez mais decisivo papel desempenhado pelos presidentes republicanos nos anos 80; as subseqüentes centenas de manobras legislativas que levaram a regras proibitivas e a atravancados regulamentos burocráticos em mais de trinta estados; os inúmeros desafios legais contra o Roe que culminaram, em 1989, na decisão Webster da Suprema Corte dos Estados Unidos – ironicamente, na véspera do Dia da Independência – que

atendimento ao aborto legal apontou-se que no Brasil, apesar do esforço de muitos profissionais, grupos sociais e de órgãos federais e estaduais de saúde, “o número de serviços não é suficiente e não está distribuído adequadamente pelo país”, de forma que, mesmo em caso de estupro, “essa realidade faz com que as mulheres mais pobres sejam aquelas que mais se expõem ao risco de abortamentos clandestinos” (VIANA, 2008, p. 171). A efetividade do direito ao aborto, nesse quadro, muito além do que sua mera permissão jurídica abstrata, pressupõe no mínimo a disponibilidade de serviços públicos acessíveis, com equipes multidisciplinares preparadas para o atendimento humanizado das mulheres. No entanto, a dimensão da efetiva institucionalização de um direito juridicamente exigível ou da eficácia de um direito social abstratamente reconhecido, embora jurisdicionalmente exigível, é uma questão que, na prática, diz respeito ao campo das políticas públicas de saúde: é uma questão tipicamente afeta ao Poder Executivo na lógica de separação de poderes no Estado, pois diz respeito a questões pragmáticas, ao equacionamento dos instrumentos mais adequados para a atenção à saúde da mulher. O foco do presente trabalho, enquanto análise da possibilidade da declaração jurisdicional de (in)constitucionalidade da criminalização abstrata de outras modalidades aborto voluntário, está na dimensão negativa do direito ao aborto – embora, evidentemente, assim como nos casos de anencefalia fetal, estupro e risco de morte da gestante, partimos do pressuposto de que a autorização abstrata do direito ao acesso a qualquer modalidade de aborto seguro impõe ao Estado um dever público de institucionalizar os mecanismos para acesso hígido aos serviços legais. A necessidade de efetivação dos serviços para o abortamento seguro nas modalidades juridicamente autorizadas é um direito, mas os

manteve as restrições estaduais sobre o aborto. E finalmente, o parecer da Suprema Corte, de 1991, permitindo que o governo proibisse que as clínicas subvencionadas por verbas federais até falassem em aborto com pacientes grávidas” (FALUDI, 2001, p. 391). Assim, por mais que a sentença que reconheceu às mulheres estadunidenses o direito constitucional ao aborto nunca tenha sido revogada, “no fim de 1987, 85% dos condados do país já não tinham centros de aborto. De acordo com uma pesquisa nacional, o número de pessoas capacitadas para o serviço caiu, no interior, em mais de 5% entre 1977 e 1988 – e 20% desta queda aconteceu depois de 1985. E a fonte de médicos especializados na prática de abortos estava secando. Os estados de Dakota do Norte e do Sul só tinham uma pessoa capacitada cada, e em pelo menos uma dúzia de estados, desde o Mississippi até Maryland, as mulheres tinham de atravessar as fronteiras estaduais para conseguir um aborto. No Missouri, as mulheres tinham que viajar o dia inteiro para finalmente acampar no pátio de estacionamento da única clínica de planejamento familiar em Saint Louis. [...] Para as dezenas de milhões de mulheres que dependiam de cuidados médicos financiados pela União, até as poucas clínicas ainda em funcionamento estavam fora de alcance. As subvenções federais já não estavam mais à disposição das mais de duzentas e cinqüenta mil mulheres que cada ano procuravam o aborto através da Previdência Social. No fim da década, todos os estados, com exceção de 12, tinham fechado os seus cofres aos abortos com subvenção estadual. (E mais, no começo dos anos 80 oito estados promulgaram leis limitando até a cobertura dos seguros privados para abortos.) Em Michigan, o fim dos abortos a cargo da Previdência Social - que passou a vigorar em 1988 - provocou uma queda de 10.300 abortos, isto é, 23%, no ano seguinte” (FALUDI, 2001, p. 394).

pormenores dessa efetivação são questões políticas que escapam ao escopo e ao campo disciplinar do presente trabalho.

4. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados

Conforme ressaltado ao longo do presente trabalho, o marco teórico adotado repudia a adoção de metodologias de pesquisa em direitos fundamentais que tratem seus conteúdos insaturáveis e problemáticos como se fossem valores pré-políticos subjacentes a quaisquer instituições democráticas bem ordenadas. Na medida em que os direitos fundamentais não possuem essências, mas sim conteúdos em permanente disputa na esfera pública democrática, o passo inicial para a abordagem do direito ao aborto enquanto objeto para a pesquisa jurídica será mapear os discursos dos distintos atores e atrizes envolvidas nas lutas políticas pela ampliação ou pela restrição de direitos sexuais e reprodutivos no Brasil, pois esses discursos, na medida em que fazem referência a um horizonte comum de direitos fundamentais e de conceitos centrais para o Direito Constitucional (vida, igualdade, liberdade, autonomia, saúde, integridade física e psicológica, etc.), disputam um espaço comum de enunciação sobre a identidade do sujeito constitucional.

Para tanto, a metodologia de trabalho adotada foi a pesquisa e sistematização dos processos legislativos afetos à questão dos direitos sexuais e reprodutivos na Câmara dos Deputados – o que inclui a análise de projetos, pareceres e debates, para análise dos principais temas levantados. O levantamento dos projetos legislativos foi realizado no portal da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br) utilizando o mecanismo de busca disponível em “projetos de lei e outras proposições”. Por meio do sistema de acompanhamento legislativo da Câmara, foram pesquisados Projetos de Emenda Constitucional, Projetos de Lei Complementar, Projetos de Lei, Medidas Provisórias e Projetos de Lei de Conversão, em tramitação ou arquivados, na Câmara dos Deputados. Pesquisamos projetos que contivessem uma das seguintes expressões: “aborto”, “nascituro”, “concepção”, “início da vida” e “art. 5º, caput”. Foram desprezados projetos repetidos; projetos para os quais o autor não ofereceu nenhuma justificativa; projetos que não foram sequer debatidos, salvo quando abordando questões não endereçadas em nenhum outro projeto; projetos retirados pelos autores; e projetos que não abordavam ou apenas tangenciavam as questões analisadas.

Os debates sobre aborto, a toda evidência, não ocorrem apenas na esfera pública formal. A opção pela pesquisa de projetos legislativos em tramitação na Câmara dos Deputados se deu precipuamente em função das limitações materiais da pesquisa, que exigiu delimitação das fontes – embora fosse interessante o aprofundamento do estudo, para analisar o contexto das disputas políticas por direitos sexuais e reprodutivos travadas em outras arenas. O estudo de projetos legislativos traz limitações evidentes, pois a Câmara dos Deputados não é um espaço neutro em que são articuladas, em pé de igualdade, posições favoráveis e posições contrárias ao reconhecimento e à ampliação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Muito antes pelo contrário: como já tivemos oportunidade de citar, na atual legislatura (2015-2018), o Congresso Nacional conta com 51 Deputadas Federais (9,9% do total de 513 cadeiras) e com 12 Senadoras (14,8% do total de 81 cadeiras), números inferiores às médias mundiais, às médias da América Latina, da Europa e do Oriente Médio. Naturalmente, mulheres em cargos de representação política não defendem necessariamente posições alinhadas com o movimento feminista ou com as demandas por ampliação de direitos sexuais e reprodutivos; no entanto, é muito mais provável que uma Deputada ou uma Senadora tenha sensibilidade para o tratamento de questões afetas aos direitos das mulheres do que seus pares do sexo masculino – o que já indica, de partida, um desequilíbrio. Apesar da disparidade representativa na Câmara dos Deputados brasileira e da predominância de parlamentares e bancadas conservadoras, pudemos observar que posições em defesa da autonomia reprodutiva das mulheres foram articuladas de modo consistente na Câmara, por Deputados de ambos os sexos, ainda que essa articulação seja pontual. Por fim, cumpre ressaltar que não foram analisados processos legislativos em tramitação no Senado porque a análise do material proveniente da Câmara dos Deputados foi suficiente para oferecer um sólido material para a pesquisa.

4.1 Proposta de Emenda à Constituição nº 25/1995

A Proposta de Emenda à Constituição nº 25/1995, de autoria do Deputado Severino Cavalcanti (então no PFL/PE) e subscrito por outros 174 deputados (art. 60, I, CRFB), pretendia alterar o art. 5º, *caput*, da Constituição, que passaria a dispor que “todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, *desde a sua concepção*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Na justificativa, aponta o Deputado que “a vida é o mais elementar e o mais importante de todos os direitos humanos.

Assim, quem tira a vida de alguém, tira-lhe simultaneamente, todos esses direitos” (1995, p. 2). Segundo o autor, em sua breve justificativa,

A vida humana é uma só, começando com a concepção e terminando com a morte, não sendo possível, nos tempos de hoje falar-se em uma vida intra-uterina e outra extra-uterina, porque evidentemente, o produto da concepção não começa a viver com o nascimento. [...] A Constituição tem o dever fundamental de preservar e proteger a vida em qualquer de suas fases. Se não o fizer, perde a autoridade moral para proteger qualquer outro direito, que será sempre secundário em relação a vida. [...] Não podemos nós legisladores, ignorar o pensamento da imensa maioria do Povo Brasileiro, que defende a inviolabilidade do direito à vida (Não Matarás!), deixando-nos ser influenciados pelo histerismo de um pequeno grupo que defende interesses próprios e escusos e que apregoa argumentos sem qualquer consistência. [...] A redação proposta, acrescentando a expressão "desde a sua concepção", vem garantir definitivamente a inviolabilidade do direito a vida, salvaguardado no texto da Lei Maior (1995, p. 1-2).

O Deputado Régis de Oliveira relatou a proposta na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Em seu breve relatório, apontou que a PEC coloca em pauta a questão do aborto, pois, se aprovada, derogaria as hipóteses excepcionais em que ele é admitido no ordenamento jurídico brasileiro. Considerando, no entanto, que a análise do mérito seria de competência da comissão especial instituída para essa finalidade, se limitou a votar pela admissibilidade da proposta por conformidade com o art. 60 da Constituição (2010, p. 26-7) – voto que foi unanimemente seguido pelos membros da CCJ.

Instaurada a comissão especial para análise da PEC, a relatoria ficou a cargo do Deputado Armando Abílio. Durante os trabalhos da comissão, foram realizadas diversas audiências públicas, tendo sido ouvidos representantes da CNBB, do Conselho Federal de Medicina, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, da Convenção Geral das Assembleias de Deus, das Católicas pelo Direito de Decidir, da Rede Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, do Conselho Federal da OAB e da Pastoral da Criança, bem como os Ministros de Estado da Justiça e da Saúde e representante do Departamento de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores. Infelizmente não há, no dossiê da PEC, notas taquigráficas dessas audiências públicas, mas tão somente um relatório dos trabalhos, realizado pelo Dep. Armando Abílio, em que na maior parte das vezes os argumentos favoráveis ou contrários à proposta são enumerados sem referência específica ao expositor. Esse relatório, embora tenha sido reputado pela Deputada Marta Suplicy em seu voto em separado como tendo sintetizado com fidelidade e clareza os depoimentos feitos à comissão, não substitui a transcrição completa das discussões, cujo resgate seria de muito valor para reconstrução da nossa história constitucional – na medida em que a PEC representa o debate mais substancial já realizado no

Congresso Nacional brasileiro acerca da concessão expressa de proteção constitucional à vida desde a concepção, ressalvados os debates realizados na própria constituinte.

Nos termos do relatório, aqueles que se manifestaram favoráveis à PEC e à condenação do aborto em qualquer circunstância, levantaram os seguintes argumentos: (i) o ser humano é um ser indisponível; negar o direito à vida do ser humano é negar o fundamento de todos os direitos humanos; (ii) nenhuma circunstância (nem mesmo estupro ou malformação fetal) pode tornar lícito um ato intrinsecamente ilícito, “porque contrário à lei de Deus”; (iii) as leis que legitimam o aborto estão em contradição com o direito inviolável à vida e negam a igualdade de todos perante a lei; (iv) o aborto equivale ao assassinato; (v) a legalização do aborto atende a interesses do comércio de tecidos fetais; (vi) o aborto não pode ser utilizado como instrumento de políticas sociais, como o combate ao abandono infantil; (vii) no aborto decorrente de estupro, é dever da mulher levar a gestação adiante e entregar a criança para adoção; (viii) o aborto é a aplicação de pena capital a um inocente; (ix) o corpo e a vida da mulher não se confundem com o corpo e a vida do feto; (x) o aborto é um crime contra toda a humanidade, porque desrespeita a pessoa e a vida; (xi) ninguém pode se colocar na posição de juiz da vida e da morte; (xii) organizações multinacionais poderosas pressionam por alterações na legislação sobre o aborto para obtenção de lucros; (xiii) direitos reprodutivos não contemplam o direito de dispor de uma vida já concebida; (xiv) para que a mulher não corra risco de morte diante de um abortamento clandestino e inseguro, basta que não o pratique (1995, p. 11-13). Foi relatado, por fim, o posicionamento do jurista Ives Martins Gandra, que defendeu a tese de que o art. 5º da Constituição não garante “os direitos concernentes à vida”, mas de forma definitiva a “inviolabilidade do direito à vida desde a concepção”, de forma que a emenda seria meramente explicitadora; de acordo com o jurista, a possibilidade de aborto em caso de estupro não foi recepcionada pela Constituição (1995, p. 13).

À continuação, nos termos do relatório, aqueles que se manifestaram contrários à PEC levantaram, em síntese, os seguintes argumentos: (i) deve ser respeitada a pluralidade de crença na sociedade: as religiões podem condenar veementemente o aborto entre seus fiéis, mas não podem impor seus pontos de vista àqueles que não professam suas crenças; (ii) é justo, moral e ético que se proteja a vida já ativa e produtiva da gestante, da qual muitas vezes outras pessoas dependem; (iii) não há crime mais hediondo que o estupro e nenhuma sociedade tem o direito de impor a um ser humano uma gravidez resultante de um ato de tamanha e estúpida violência; (iv) independentemente de crença ou legalização, milhares de abortos *já são* diuturnamente praticados no Brasil, independentemente de classe social, no meio urbano e no meio rural; (v)

segundo dados trazidos pelo Presidente do CFM, a maior parte dos abortos realizados por mulheres pobres rurais (73%) e mulheres pobres urbanas (57%) é feita sem mínimas condições de higiene e assepsia, contra 79% de abortos realizados com assistência médica por mulheres com renda superior; (vi) mulheres pobres no meio urbano ou rural são mais vulneráveis a complicações diversas decorrentes de abortos inseguros, como hemorragias, infecções, septicemias e até mesmo a morte; (vii) o Estado deve oferecer a mulheres que abortam serviços no sistema público de saúde, para que o façam com o mínimo respeito à dignidade e à vida; (viii) há que se privilegiar aquela que já é uma pessoa definitiva e integral, a mulher, por sobre uma pessoa que só existe em potencial; (ix) eventual derrogação da possibilidade de aborto em caso de risco de morte da gestante é investir contra seu direito à vida, de tal forma que a emenda, por tender a abolir direitos e garantias individuais, violaria cláusula pétrea da Constituição; (x) no amplo espectro de posições sobre o aborto, há aqueles que se sensibilizam mais pela frustração do investimento biológico na vida humana (mais conservadores) e aqueles que se sensibilizam mais pela frustração do investimento pessoal nessa mesma vida (mais liberais): o debate, assim, não deve ser compreendido como uma contenda sobre a personalidade do feto e seus direitos, mas sobre distintos modos de valorizar a vida humana, que não é unicamente produto de forças divinas e sobrenaturais, mas também produto de escolhas pessoais, empenho, dedicação, educação, etc.; (xi) as leis devem respeitar o pluralismo de crenças e opiniões; (xii) o Brasil assinou a plataforma de ação na IV Conferência Internacional da Mulher, em Pequim, comprometendo-se a revisar as que preveem medidas punitivas para mulheres que realizam abortos; (xiii) a OMS estima grande número de mortes maternas em função de abortos ilegais praticados por pessoas desqualificadas; (xiv) não se justifica preterir a mãe em favor do feto, pois razões religiosas devem ser respeitadas, mas não impostas (1995, p. 13-16).

O relator, em seguida, passou a expor individualmente as opiniões de alguns daqueles que se manifestaram contrariamente à PEC. O Professor de bioética da USP, Marcos Segre, afirmou que (xv) é necessário respeitar a laicidade do Estado, pois a sociedade é multiconfessional e multicultural, não sendo legítimo oprimir nenhuma minoria, ou privar-lhe os direitos; (xvi) que é necessário respeitar o direito da mulher de gerir o seu próprio destino. A presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Rosiska Darcy Oliveira, afirmou que (xvii) a PEC tornaria inconstitucional o aborto em caso de estupro ou risco de morte para a gestante, representando, em último caso, sua verdadeira condenação à morte ou sua condenação a dar à luz fruto de um crime; (xviii) o aborto é um problema de saúde pública: em 1983, o SUS registrou 285 mil internações por sequelas de aborto clandestino, realizados com o

conhecimento de maridos e familiares, o que mostra que a sociedade não condena a prática; (xviii) nenhum país em que o aborto foi criminalizado diminuiu a incidência da prática; (xix) a aprovação da PEC representaria descumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional. A representante do Grupo Católicas pelo Direito de Decidir, Maria José Rosaldo Nunes, afirmou que (xx) sob o ponto de vista político, a aprovação da proposta representaria alinhar o Brasil com o fundamentalismo religioso e representaria a violação dos compromissos assumidos em Pequim; (xxi) a aprovação da proposta não teria o condão de diminuir o número de abortos realizados no país; mulheres pobres continuariam a recorrer a abortos clandestinos e ter suas vidas ceifadas; (xxii) a proposta viola a laicidade do Estado; (xxiii) sob o ponto de vista ético-religioso, a Igreja Católica não tem tradição clara e contínua de consideração do aborto como homicídio: na tradição católica, afirmava-se que durante os oitenta primeiros dias de gestação era possível realizar um aborto sem que se o considerasse pecado; somente na segunda metade do século XIX, com o Papa Pio IX, a Igreja define que existe uma pessoa desde a concepção; (xxiv) no caso do aborto, deve-se considerar primordialmente a concretude da vida da mulher, não princípios abstratos. A Diretora da CEPIA, Jaqueline Pitanguy, afirmou que (xxv) na Constituinte, decidiu-se que o aborto não é matéria constitucional; (xxvi) democracia implica pluralismo, deve funcionar para preservação da diversidade, não para imposição de tutela estatal; (xxvii) a tendência atual no direito moderno é a descriminalização do aborto; (xxviii) aqueles que são contrários à PEC não defendem a obrigatoriedade do aborto; (xxix) a tutela da vida reprodutiva da mulher pelo Estado é uma forma de violência e agressão (1995, p. 16-20).

Após relatar as audiências públicas, o relator, Deputado Arnaldo Abílio, ofereceu o seu parecer, iniciando por afastar a interpretação defendida pelo Deputado Hélio Bicudo e por Ives Gandra Martins no sentido de que a Constituição, ao prever a “inviolabilidade do direito à vida” (ao contrário das Constituições brasileiras anteriores, que se referiam à “inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”), consagrou o direito à vida de modo absoluto, tratando-se de mera emenda elucidativa. Segundo o relator, a interpretação é forçada, pois não há diferença substancial entre ambas as expressões, embora a questão possa ser oportunamente suscitada nos tribunais: se o direito à vida fosse absoluto, tampouco a hipótese de legítima defesa, por exemplo, teria sido recepcionada pela Constituição. Ressalta o relator que o aborto necessário para salvar a vida da gestante é autorizado no Brasil desde o Código Criminal do Império. Conclui o seu relatório afirmando que a aprovação da PEC representaria um enrijecimento pouco saudável do debate público sobre concepções típicas de determinada época, o que seria

característico de uma Constituição totalitária, não de uma Constituição democrática: o Brasil é composto por uma sociedade plural, por várias raças, diferentes crenças e diferentes realidades, e a constitucionalização de temas morais e éticos vai na contramão do respeito dessa pluralidade, enveredando o Brasil pelo caminho da intolerância (1995, p. 21-23). A comissão seguiu, por maioria, o voto do relator pela recomendação de rejeição da PEC.

A Deputada Marta Suplicy (PT/SP) apresentou voto em separado pela aprovação do relatório sem ressalvas. Segundo ela, a PEC 25 representa um pensamento anacrônico e antidemocrático: quando só 25% dos países possuíam uma legislação tão restritiva quanto a brasileira quanto ao aborto, a PEC buscava restringir ainda mais a legislação. Segundo ela,

A aprovação da PEC-25 significa um retrocesso inaceitável e barreira inconcebível à discussão sobre o direito das mulheres ao abortamento previsto na legislação brasileira e sobre a ampliação dos permissivos legais para o abortamento, tendo como fundamentos o respeito à pluralidade de convicções religiosas e morais, às mudanças e avanços técnico-científicos e aos direitos da mulher, “sujeito de direitos” e com livre arbítrio. [...] A tentativa de defensores da PEC-25 de contrapor o direito das mulheres ao direito dos nascituros, a identificação do abortamento como assassinato premeditado e a superficialidade com que se tratou o tema das mulheres que são vítimas de estupros, manifestam desrespeito à luta para que as mulheres tenham preservados os seus direitos e que seus corpos, sexualidade e decisões de consciência sejam livres de tutela. [...] Como parlamentar, penso que nossa atuação legislativa tem como base nossas convicções pessoais. Mas estas, quando referentes a posições e pontos de vista não-universais, religiosos e morais, não podem se sobrepor à tolerância da diversidade e aos princípios mais elementares de uma sociedade democrática e plural, onde a lei é feita para todos e não pode ser instrumento para estabelecer a ditadura de opiniões ou descaracterizar o laicismo do Estado (1995, p. 24-25).

O Deputado Severino Cavalcanti (PFL/PE), autor da PEC, ofereceu voto em separado. Segundo ele, o art. 128 do Código Penal não seria revogado pela alteração na Constituição, pois “princípios de ordem geral não revogam disposições especiais”: a emenda não teria por propósito proibir o aborto nas hipóteses em que é atualmente autorizado, mas impedir o aumento dos casos em que o aborto é permitido – citando, a título de exemplo, a hipótese de “aborto eugênico”. Afirmou que não cabe invocar o pluralismo religioso contra a proteção do direito à vida; apesar desse pluralismo religioso, o Estado, segundo ele, “não é ateu, mas crente em Deus, cujo nome invoca nossos maiores constitucionalistas, pistas para uma interpretação religiosa, no sentido do respeito à Lei Natural criada por Deus, de toda a nossa legislação” (1995, p. 26). Mesmo questionando a possibilidade de elaboração de estatísticas acerca do aborto clandestino, afirma que a magnitude da prática do aborto deve ser uma razão para torná-lo ainda mais dificultoso, não o contrário; além disso, afirma que os estudos sobre a magnitude

do aborto realizados na Itália e nos EUA que antecederam a legalização foram falseados. Afirmou que, nos países que legalizaram o aborto, a prática aumentou muito, como no caso da França, em que havia por volta de 80.000 abortos por ano e, depois da legalização, passaram a ser mais de 300.000 (o Deputado não citou pesquisa que corrobora esses dados) (1995, p. 33).

Cita o depoimento do médico ginecologista norte-americano Bernard N. Nathanson, um dos líderes do movimento pela legalização do aborto nos Estados Unidos, que posteriormente reviu sua posição e se tornou ativista contra o aborto, afirmando que “o feto no interior do útero materno [...] é um ser humano com todas as suas características a quem deve ser outorgado todos os privilégios e vantagens que desfruta qualquer cidadão na sociedade ocidental”⁷⁶. Cita uma conferência não identificada, de 1921, para diferenciar contracepção de aborto, afirmando que, ao contrário dos métodos utilizados para impedir os elementos masculinos e femininos de se unirem, “uma vez que a fertilização teve lugar, todas as possibilidades de uma nova alma, de um novo indivíduo estão abertas, e iniciou-se uma vida individual que deveria ser amparada pelas mesmas leis protetivas que amparam todos os seres humanos”. Sobre o aborto em caso de estupro, afirma que, nesse caso, todas as mulheres sofrem problemas psicológicos, inclusive as que abortam, que sofrem da “síndrome pós-aborto”; caso a gestante não queira a criança, ela deve encaminhá-la para adoção, pois não se deve “matar a criança pelo crime do pai”. Segundo o Deputado, o movimento pelo aborto começa pleiteando pelo aborto em casos mais difíceis, até que a negação do direito à vida vai se ampliando: segundo ele, foi o que aconteceu nos Estados Unidos, em 1973, que levou à permissão do aborto até mesmo no momento do parto, havendo hoje projetos de lei para interrupção da vida neonatal na primeira semana após o nascimento; cita também suposta discussão na Alemanha do início do Século XX de lei que permitiria matar uma criança em idade escolar que não conseguisse acompanhar as aulas; nesse caminho, há o perigo de não mais se respeitar qualquer direito fundamental humano e de aceitarmos qualquer violação como normal, pois “é o que tem acontecido na história” (1995, p. 27-31). Ao final, o Deputado afirma que o aborto só é admissível em gravidez resultante de estupro em que a mãe não suporta o filho fruto dele; e caso de real risco de vida, concluindo que

Contra a própria palavra dos defensores da legalização do aborto, a Constituição realmente tem uma cláusula que estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” que aí se aplica ao direito à vida do nascituro, e não ao direito de se descartar de um ser humano. Por isso, o aborto nunca poderá ser proposto.

⁷⁶ No voto em separado do Deputado Severino Cavalcanti não consta referência detalhada da presente citação, presente apenas a informação de que se trata de “Conferência publicada na Revista ‘Fuerza Nueva’”.

[...] Não está escrito na Constituição que ela defende os direitos e garantias individuais antes do nascimento do cidadão. Também não está escrito que ela os defende só a partir do seu nascimento. Como a vida humana é una e única, desde o começo até o fim, a Constituição já defende seus direitos desde o ventre materno. [...] Mas como pode haver pessoas que queiram interpretar de modo a ferir direitos essenciais e se trata de matéria grave, é por bem que se insira no texto da Constituição as palavras "desde a sua concepção" (1995, p. 35, grifos no original).

Em sessão plenária realizada no dia 23 de abril de 1996, a PEC 25 foi a votação na Câmara dos Deputados. São necessários os votos de 342 deputados para a aprovação de PEC, em dois turnos de votação. Votaram, em primeiro turno, 400 deputados, tendo sido a PEC rejeitada, com 350 votos contrários, 33 votos favoráveis e 16 abstenções.

4.2 Proposta de Emenda à Constituição nº 571/2002 e apensos

A Proposta de Emenda à Constituição nº 571/2002, de autoria do Deputado Paulo Lima (PMDB/SP) e subscrita por outros 174 deputados (art. 60, I, CRFB), pretendia incluir no art. 5º da Constituição o inciso LXXVIII dispondo que “a vida do nascituro se inicia com a concepção sendo inviolável e digna de todo respeito e serão punidas, severamente, as práticas que resultem em sua morte, sofrimento, ou mutilação, na forma da lei, devendo ser procuradas formas alternativas de pesquisa e desenvolvimento científico que não prejudiquem o embrião ou feto”. A PEC pretende, dessa forma, tornar inconstitucionais todas as modalidades de aborto, bem como a pesquisa com células tronco embrionárias. Em brevíssima justificção, o Deputado afirma que “a ciência já demonstrou que o embrião humano é um indivíduo que possui identidade desde o momento da fertilização”; dessa forma, “é justo que essa identidade seja legalmente reconhecida”, pois “ninguém pode colocar-se acima do Criador, manipulando a própria vida e a de outrem”, sendo necessário “resguardar o direito dos embriões ao dom precioso da vida” (2002, p. 2).

Em apenso à PEC 571/2002, tramitava a Proposta de Emenda à Constituição nº 62/2003, novamente de autoria do Deputado Severino Cavalcanti, agora no PPB/PE, dentre outros. A PEC busca novamente alterar a redação do caput do art. 5º do texto constitucional, para fazer incluir referência à concepção como o termo inicial do direito à vida. Na justificção apresentada, argumentam os autores que a vida seria uma só, começando com a concepção e terminando com a morte, não fazendo sentido falar de uma vida intrauterina e de outra extrauterina, porque “evidentemente o produto da concepção não começa a viver com o

nascimento”. Nos termos da justificação, nosso ordenamento jurídico infraconstitucional já reconhece essa condição, ao dispor que o nascituro pode receber doações e suceder legitimamente, sendo titular de direitos. A Constituição, assim, teria o dever fundamental de preservar e proteger a vida em qualquer de suas fases, sob o risco de, não o fazendo, perder a autoridade moral para proteger qualquer outro direito, que será sempre secundário em relação à vida. Os autores defendem a constitucionalidade da iniciativa, alegando que a norma proposta ampliaria a proteção consagrada na Constituição, não suprimiria direitos e garantias fundamentais (2003, p. 1-3).

Também em apenso à PEC 571/2002, tramitava a Proposta de Emenda à Constituição nº 408/2005, de autoria do Deputado Durval Orlato (PT/SP), dentre outros. A PEC pretendia incluir no art. 5º da Constituição o inciso LXXIX dispondo que “é inviolável a vida humana, desde a união dos gametas masculino e feminino, vedada a clonagem ou qualquer outra técnica de reprodução humana”. Embora a princípio a tentativa de vedar “qualquer técnica de reprodução humana” possa parecer decorrer de um erro de técnica legislativa, essa de fato era a intenção explícita da proposta. Segundo o autor, citando a opinião de pesquisadores da USP não referenciados, “o embrião, mesmo com algumas horas de existência, já é um ser humano. A partir desse fundamento, as pesquisas que envolvam o sacrifício de embriões humanos, eufemisticamente denominadas de ‘clonagem terapêutica’, são inaceitáveis, pois desvirtuam o próprio sentido da investigação científica”. Embora, caso aprovada tal como proposta, a PEC pudesse ser interpretada de modo a inviabilizar a realização do aborto nas hipóteses já autorizadas em lei, a questão não é tratada na justificativa. A preocupação central é a “possibilidade da manipulação do embrião humano, aberta pelas técnicas de procriação artificial e de investigação científica durante as primeiras fases do desenvolvimento da vida individual”.

Antes que a PEC 62/2003 fosse apensada à PEC 571/2002 (o que ocorreu em abril de 2004), ela recebeu um parecer pela sua inadmissibilidade na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara – exarado pela Deputada Fátima Bezerra em janeiro de 2004 – ao argumento de que viola o art. 60, §4º da Constituição, por representar inegável restrição do direito à vida e à liberdade da mulher gestante. Segundo a Deputada, a Constituição fala que não será objeto de deliberação emenda sequer *tendente* a abolir direitos e garantias fundamentais, e, no caso em análise, ao pretender vincular o direito à vida ao momento da concepção, “acaba por restringir, ao mesmo tempo, outros direitos individuais acolhidos indiretamente pelo texto, como o direito à vida da mãe gestante que corre risco de morrer se não interromper a gravidez, ou o direito (ou

liberdade) de optar pelo aborto em caso de gestação decorrente de estupro” (2004, p. 2). A relatora lembra que o deputado Severino Cavalcanti já havia apresentado a PEC 25, com o mesmo teor, e essa proposta foi rejeitada pela ampla maioria dos Deputados, em plenário, bem como que o Estado Brasileiro assinou os Tratados e Acordos Internacionais de Cairo (1994), de Beijing (1995) e, mais recentemente, em 2003, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher (CEDAW). A Deputada Fátima Bezerra afirma que a PEC é inadmissível, por implicar abolição parcial de direitos individuais protegidos com a cláusula de irreformabilidade de que trata o art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal vigente, concluindo com uma crítica à tentativa de identificar, na legislação ordinária, indícios de que a vida humana pré-natal é protegida pela Constituição:

A afirmação, pois, feita pelos autores na justificação da proposta em exame, de que o fato de a legislação infraconstitucional já reconhecer alguns direitos civis ao nascituro daria à Constituição o dever de preservar e proteger a vida em qualquer de suas fases parece-nos, data máxima vênua, completamente despropositada. Em primeiro lugar, porque é o texto constitucional quem dá fundamento de validade à legislação ordinária e não o contrário, como parecem crer os autores. Em segundo lugar porque, como se viu, o Constituinte de 1988 fez uma nítida opção pela não-vinculação, em seu próprio texto, do direito à vida ao momento da concepção, dando certa liberdade ao legislador ordinário de dispor sobre a matéria, desde que respeitados, como se viu, os direitos já protegidos constitucionalmente, como os já mencionados direito à vida e à liberdade de escolha da gestante, nos casos aqui enfocados (2004, p. 4).

O deputado Odair Cunha (PT/MG) ofereceu parecer pela admissibilidade das Propostas de Emenda à Constituição nº 571, de 2002, 62, de 2003, e 408, de 2005, analisando, em especial, se o projeto respeita as limitações materiais ao poder de reforma constitucional. Segundo o relator, embora não possa ser objeto de deliberação proposta tendente a abolir direitos fundamentais, “nada impede que o núcleo do direito fundamental seja alargado ou mesmo explicitado, o que não implicaria a abolição do próprio direito”; no caso em questão, segundo ele, “intenta-se explicitar e aprofundar o conceito da inviolabilidade do direito à vida, garantida expressamente no caput do art. 5º da Constituição, e condição indispensável para a fruição dos demais direitos, vez que a vida é o bem jurídico básico”. Segundo o relator, uma coisa é *indiscutível*: “desde o zigoto, o que se tem é vida: vida diferente do espermatozóide e do óvulo: vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Em suma, desde a concepção, há vida nascente, a ser tutelada”. Segundo o relator, os tratados internacionais de direitos humanos devem merecer um tratamento privilegiado em nossa ordem jurídica; nesse quadro, cita o art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica (“Toda pessoa tem o

direito a que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”) para afirmar que

as propostas sob análise não se limitam a atender aos requisitos para o exercício do poder de reforma que o Congresso Nacional detém. Vão mais longe: explicitam e dão o exato entendimento da inviolabilidade do direito à vida, consagrado na Constituição como fundamental, e ainda dão cumprimento ao Pacto de São José, subscrito pelo do Brasil, como assinalado, sem qualquer reserva relativamente à proteção do direito à vida desde a concepção. Seu cumprimento se impõe, em razão de comando constitucional específico (art. 5º, §2º) (2005, p. 1-8).

Em 30 de janeiro de 2007, as PECs nº 571, de 2002, 62, de 2003, e 408, de 2005 foram arquivadas, nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, sem que tivessem sido objeto de votação. Em 2015, foi formulado requerimento de desarquivamento da PEC nº 408/2005 pelo Deputado Gilberto Nascimento (PSC-SP); o requerimento, no entanto, foi indeferido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, em virtude de a proposição já ter sido arquivada definitivamente.

4.3 Projeto de Lei 1135/1991 e apenso

O Projeto de Lei nº 1135/1991, de autoria dos Deputados Eduardo Jorge (PT/SP) e Sandra Starling (PT/MG), pretendia revogar o artigo 124 do Código Penal, que criminaliza a conduta daquela que provoca aborto em si mesma ou consente que outro lhe provoque. O projeto buscava descriminalizar tão somente a conduta da gestante, continuando criminalizada, caso tivesse sido aprovado, a conduta de terceiro, médico ou não, que provoca aborto na gestante, com ou sem o seu consentimento. Na justificativa, os autores argumentam que o projeto vem no sentido do reconhecimento dos direitos da mulher enquanto pessoa humana. Os autores chamam atenção para as altas taxas de mortalidade materna existentes no Brasil, em parte decorrentes da realização de abortos em condições pouco sanitárias e seguras. Segundo eles, “é absolutamente desnecessário e desumano querer aplicar penalidade a uma pessoa que já foi forçada a submeter-se a tamanha agressão”, pois “a gestante, quando provoca aborto em si mesma ou consente que outro o faça, está tomando uma providência extrema que a violenta física, mental e, com frequência, moralmente”.

Em apenso ao PL 1135/1991, tramitou o Projeto de Lei nº 176/1995, de autoria do Deputado José Genoíno (PT/SP). A lei proposta buscava tornar “livre a opção de ter ou não ter filho, incluindo o direito de interrupção da gravidez até noventa dias”, bastando, para tanto, a

reivindicação da gestante, que seria realizado obrigatoriamente pela rede pública de saúde de todos os entes da federação. Na justificativa, o Deputado apontou que, por mais que ninguém seja favorável ao aborto enquanto método anticoncepcional, é improvável que a gravidez indesejada deixe de existir; por mais que a questão envolva polêmica, o direito ao aborto deve ser reivindicado em nome da afirmação do direito das mulheres e enquanto questão de saúde pública, pois sua proibição causa lesões graves ou mesmo a morte quando praticado clandestinamente. Segundo o autor, a proibição do aborto não elimina a prática, que sempre existiu, apenas a torna clandestina, e essa clandestinidade prejudica principalmente mulheres pobres e das periferias; o aborto, segundo ele, é o último recurso diante de uma gravidez indesejada, uma decisão moral complexa que nunca é tomada por mero capricho ou egoísmo. O Deputado coloca que a proibição do aborto é acompanhada por uma ideologia patriarcal que reduz toda a complexidade da vida feminina ao aspecto reprodutivo. Sobre a questão do “início da vida” e sobre o aborto enquanto direito, aponta que

Os penalizadores do aborto especulam com o conceito de vida para criar uma verdadeira comoção na opinião pública. Deixando de lado a especulação na qual ordinariamente se ancora o famoso argumento do direito à vida, visto que, à vida real e presente da mulher se sobrepõe a possibilidade abstrata da vida futura do feto, é importante assinalar que de qualquer ponto de vista (filosófico, médico, histórico) a determinação do momento em que efetivamente se inicia a vida humana é extremamente controvertida. [...] Não se pode, pois, com base em princípios arbitrários, derivados de suposições infundadas, justificar limitações aos direitos das mulheres de disporem do seu próprio corpo, especialmente levando-se em consideração que o resultado dessas limitações é a realidade do abortamento clandestino, com suas graves implicações. [...] A interrupção da gravidez é um direito da mulher. Esta Casa tem o dever de simplesmente reconhecê-lo. As pessoas que, por motivo de ordem moral, são contrárias ao aborto, não precisam utilizar tal direito. [...] Este projeto que ora apresento visa, portanto, estabelecer um direito inalienável das mulheres, que é o de disporem do seu próprio corpo. Mas ele é também um projeto em defesa da vida concreta, e do bem-estar das mulheres que não conseguem evitar a gravidez indesejada através de outros meios (1995).

Ambos os projetos de lei foram rejeitados, tanto na Comissão de Seguridade Social e Família quanto na Comissão de Constituição e Justiça. Na CCJ, os parlamentares aprovaram parecer pela rejeição elaborado pelo Deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ), que ressaltou que o Pacto de San José da Costa Rica impõe a proteção da vida desde a concepção; argumentou, além disso, que o aborto não constitui direito subjetivo da mulher, pois, caso contrário, o Brasil estaria “caminhando, a passos largos, para o aniquilamento do postulado da Dignidade Humana, não obstante tratar-se de princípio fundamental previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição” (2008, p. 15). Sua argumentação está baseada na equiparação do feto a uma criança, sujeita de

todos os direitos constitucionais e legais previstos no ordenamento; segundo ele, essa “convicção sobre o direito à vida do ser concebido que ainda não nasceu não colide com a recente decisão histórica do STF sobre o uso de células-tronco”, na ADI 3.510, pois lá não se cogitava de aborto. Segundo o Deputado, *nem por meio de Emenda Constitucional seria possível ampliar as hipóteses em que o aborto é permitido pela legislação brasileira*:

A Constituição do Brasil, repise-se, é a lei fundamental do país, razão pela qual a sua supremacia e os direitos e garantias dela decorrentes devem ser protegidos. Como corolário, não se pode admitir normas que transgridam o direito à vida para salvaguardar bens jurídicos de equivalência inferior como, por exemplo, a liberdade e a autonomia da vontade da mulher, que foram citados por aqueles favoráveis ao aborto. [...] Convenhamos que qualquer alteração na matéria sob exame, tendente a abolir o direito à vida do ser concebido que ainda não nasceu, somente poderia ser alcançada mediante processo constituinte originário destinado à elaboração de nova Constituição. **Ora, se as emendas constitucionais nesse sentido são inadmissíveis, muito mais as leis ordinárias**, donde surge a patente injuridicidade dos projetos em análise. Em conclusão, de tudo se extrai, os projetos não se ajustam à Constituição do Brasil, na medida em que a descriminalização do aborto, para além das hipóteses de excludente de ilicitude constantes da Lei Penal, é contrária à precípua finalidade da Lei Maior de proteger a vida. Vivemos num estado democrático de direito e, por isso, devemos respeitar a hierarquia dos valores constitucionais, adaptando-se o sistema para uma convivência pacífica e coerente (2008, p. 17-8).

O parecer do Relator pela “pela inconstitucionalidade, injuridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição deste e do PL 176/1995” foi aprovado na CCJ, contra os votos dos Deputados Eduardo Valverde, José Eduardo Cardozo, José Genoíno e Regis de Oliveira. O Deputado José Genoíno apresentou voto em separado. Segundo o Deputado, ao contrário do que sugeriu o relator, “a Assembléia Nacional Constituinte optou livremente em não incorporar, como dispositivo expresso, a proteção do direito à vida existe desde a concepção. Isso ocorreu não de forma aleatória, mas após debates qualificados sobre as possíveis interpretações da norma constitucional”; ao contrário, a proposta foi amplamente debatida, votada e rejeitada (2008, p. 5-6). Segundo ele,

Sobre essa temática, o caminho sinalizado pelo Constituinte foi de garantir a “liberdade ou direitos reprodutivos”, na medida em que o § 7º, do art. 226, da Constituição Federal assegura que o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável – questão inclusive cobrada dos homens, quando se discute o aborto – propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva das instituições oficiais ou privadas. Com efeito, o Constituinte concedeu plena liberdade ao Congresso Nacional para regulamentar a matéria através de lei ordinária, seja em um ou em outro sentido, sem que qualquer das hipóteses conflite com a Constituição Federal, justamente porque o legislador constituinte delegou a apreciação do tema ao legislador ordinário (2008, p. 5-6).

O Deputado lembrou ainda que em 25/04/1996 o plenário da Câmara apreciou a proposta (do Deputado Severino Cavalcante) de emendar a Constituição para incluir “a proteção da vida desde a concepção”. O resultado da votação foi uma expressiva conquista no que tange à proteção dos Direitos Humanos: 16 abstenções, 33 votos favoráveis e 351 votos contrários à proposta. Segundo ele, a “fragilidade argumentativa do parecer apresentado pelo Deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) fica evidenciada quando o mesmo, para fundamentar a pretensa inconstitucionalidade do projeto 1.135, recorre a dispositivos de leis ordinárias, como são o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente” (2008, p. 6). O Deputado afirmou que, ao contrário do que disse o relator, o Supremo Tribunal Federal rechaçou explicitamente a tese da “proteção da vida desde a concepção” na ADI 3.510, pois decidiu que a proteção constitucional à vida antes do nascimento não é dada diretamente pela Constituição, mas cabe à legislação ordinária, em seus estritos limites. Segundo o Deputado, “o argumento de violação da vida humana só faz sentido a partir de um determinado paradigma e concepção sobre vida humana” (2008, p. 8).

Sobre a referência feita pelo relator ao Pacto de San José da Costa Rica, que, segundo ele, garante a proteção da vida desde a concepção, o Deputado José Genoíno destacou que “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução 23/81, decidiu que o direito ao aborto não viola a Declaração, posto que o texto não explicita a proteção da vida desde a concepção”: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu que essa interpretação é incorreta, pois as implicações jurídicas da cláusula “em geral, desde o momento da concepção” são substancialmente diferentes da cláusula mais curta “desde o momento da concepção” (2008, p. 9-10). Lembrou o Deputado que o Brasil é signatário da Conferência do Cairo (1994), cujo artigo 8.25 assegura às mulheres a autonomia sobre sua fecundidade, passando o aborto a ser considerado como um grave problema de saúde pública; e também da Conferência de Beijing (1995) na qual, através do parágrafo 106k, o Estado brasileiro se compromete a revisar sua legislação punitiva em relação ao aborto (2008, p. 11).

O Deputado concluiu seu voto em separado apresentando razões pelas quais o aborto deve ser descriminalizado no Brasil. Segundo ele,

a) manter o aborto como crime é tratar de forma diferente as mulheres brasileiras. **A criminalização viola o direito a igualdade.** Isso porque, por causa da renda, algumas mulheres tem acesso à prática em países que o aborto não é crime (princípio da extraterritorialidade do Direito Penal, art. 7º do Código Penal) sem, ao menos, incorrer em crime no Brasil, e de baixa renda, são obrigadas a recorrer a métodos inseguros no Brasil e ficam passíveis de

punição; b) **a defesa do feto como pessoa humana é apenas um ponto de vista entre muitos**. Defendê-lo só é possível num regime de liberdade de expressão que é contraditório com a restrição ao direito de legalização do aborto que as mulheres reivindicam; c) **a ciência não pode determinar quando começa a vida**. Todas as concepções a esse respeito são morais e dogmáticas e não podem ser impostas por um grupo específico ao conjunto da sociedade; criminalizar o aborto voluntário faz o Estado eleger uma determinada concepção sobre vida humana que vai de encontro a outras concepções. Ao descriminalizá-lo, o Estado oferece condições reais para o exercício da liberdade; d) criminalizar a interrupção voluntária do aborto é inviabilizar a liberdade e o exercício de diferentes crenças religiosas, é impor uma crença sobre as demais. A descriminalização, ao contrário, permite o exercício de diferentes crenças. e) **a criminalização da interrupção voluntária da gestação é uma imposição moral** que descumpra as regras do jogo de democrático e viola a diversidade (2008, p. 15).

Outros votos em separado foram apresentados, todos contrários ao projeto, como voto do Deputado Pastor Pedro Ribeiro (PMDB/RJ). Esses votos partiram da mesma premissa básica do relator: a de que o embrião ou o feto são sujeitos de direitos constitucionais que devem prevalecer sobre qualquer invocação de “autonomia decisória” da gestante. Na Comissão de Seguridade Social e Família, o projeto foi rejeitado por unanimidade, nos termos do parecer do relator – fundamentado na inviolabilidade da vida e na proteção da vida desde a concepção, segundo o Pacto de San José da Costa Rica.

4.4 Projeto de Lei 7235/2002 e apensos

O Projeto de Lei nº 7235/2002, de autoria do Deputado Severino Cavalcanti (PPB/PE), pretendia revogar o art. 128 do Código Penal, que prevê as hipóteses em que o aborto não é punido (risco de morte da mãe ou estupro). Segundo ele, as “hipóteses de impunidade” do aborto não se justificam: o aborto necessário praticamente não ocorre mais, em função dos avanços da medicina, e nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante, resta a possibilidade de aplicação do estado de necessidade (art. 23, I, Código Penal), que exclui a ilicitude da conduta. No caso do aborto em caso de estupro, alega o autor que ele é “meramente sentimental”, pois alega-se que a vítima sofre graves danos psicológicos com a manutenção da gravidez; no entanto, segundo ele, “o feto é um ser humano desde a concepção, conforme já constatou a ciência”. Nos termos da sua justificativa,

Como o Código Penal permite a impunidade do aborto quando a concepção se dá por motivo de estupro, interpreta-se que em todo caso de estupro se deve abortar. Assim, mata-se o inocente e o estuprador nem sempre é punido. A vida humana é preciosa e deve ser preservada desde a concepção. Em caso de

estupro não é necessário matar o embrião ou o feto. Alguém pode criá-lo e a mãe poderá submeter-se a tratamento psicológico, do qual não será dispensada se ocorrer o aborto, pois sofrerá os efeitos psicológicos de ter eliminado o seu filho (síndrome do aborto). Assim, urge que seja retirado do Código Penal esse dispositivo que tem permitido a morte de inocentes nascituros até pelo Sistema Único de Saúde (2002, p. 1-2).

Em apenso ao PL 7235/02 passou a tramitar o Projeto de Lei nº 5364/2005, de autoria do Deputado Luiz Bassuma (PT/BA) e da Deputada Ângela Guadagnin - PT/SP. O projeto pretendia revogar o inciso II do art. 128 do Código Penal, que exclui a punibilidade do aborto em caso de estupro. Segundo os autores, “o chamado aborto sentimental ou humanitário, ou aborto realizado por médico no caso de gravidez resultante de estupro, é na verdade uma violência contra o feto e deve ser punível”. Segundo eles “o Estado tem o dever de responsabilizar-se por prestar atendimento psicológico à gestante, para ajudá-la a suportar o fardo de carregar em seu ventre o filho de seu estuprador”, e, além disso, “precisa prover de meios as instituições especializadas para que possam receber o filho havido de relação violenta e criminosa, na hipótese em que a mãe se recuse a acolher o recém-nascido”, sem, no entanto, permitir o aborto nesses casos. Embora o projeto se limite a revogar o inciso II do art. 128 do Código Penal, os autores afirmam que “as providências mencionadas cumprem o papel de apoiar a gestante vítima de estupro e o filho da relação traumatizante, uma vez que, com esta iniciativa, estamos tornando punível o aborto sentimental ou humanitário”, de modo “coerente com os princípios que determinam a proteção à vida humana, desde seu início”.

Os projetos de lei receberam parecer conjunto na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, exarado pelo Deputado José Linhares, que opinou pela rejeição de ambos. Segundo ele, em breve parecer, o projeto não contribui para melhorar as condições de vida da família brasileira, nem aperfeiçoar a legislação; segundo ele, há praticamente 70 anos o sistema penal comporta essas exceções, e nada na sociedade foi mudado de forma a torná-las desnecessárias. Segundo ele, o inciso II, que trata da autorização em gravidez resultante de estupro, é medida humanitária e coerente com o sistema legal, pois exigir que uma mulher dê à luz criança fruto dessa ignomínia é desumano e cruel. O Deputado afirmou o artigo 128 é uma exceção no sistema penal e está sujeito a um rígido controle judicial. Nenhum dos projetos de lei foi submetido a votação.

4.5 Projeto de Lei 1459/2003 e apensos

O Projeto de Lei nº 1459/2003, de autoria do Deputado Severino Cavalcanti (PP/PE), pretende inserir no art. 126 do Código Penal um parágrafo segundo explicitando que as penas previstas no dispositivo (reclusão de 1 a 4 anos, para os casos de aborto praticado por terceiro *com o consentimento da gestante*) *serão aplicadas* em casos de “aborto provocado em razão de anomalia na formação do feto”. A justificativa do projeto está baseada no argumento de que “nosso sistema jurídico constitucional tutela a vida humana como bem supremo, desde a concepção até o último fio de vida autônoma” e “a sociedade brasileira não aceita a prática de *aborto eugênico*, como aquele praticado contra feto viável, porém com possibilidade de apresentar anomalias físicas ou mentais” (2003, p. 2). De acordo com o autor, salvo hipóteses taxativamente previstas na legislação penal (risco de morte da mãe e em caso de estupro), o aborto é punível; nesse quadro, diante da existência do que aponta como “subterfúgios” para autorizar a prática de abortos fora dessas hipóteses (se referindo, provavelmente, às controvérsias jurídicas envolvendo a possibilidade de realização de aborto em caso de anencefalia fetal, anteriores à decisão do STF na ADPF 54), seria necessário eliminar o odioso procedimento de “higiene racial”, em nome da dignidade da pessoa humana e do “direito à vida” dos fetos (2013, p. 3). Em 2008, o Deputado Nazareno Fonteles (PT-PI) ofereceu parecer favorável à aprovação do Projeto e propôs substitutivo, alterando questões formais.

O Projeto de Lei nº 5166/2005, de autoria do Deputado Takayama (PMDB/PR), foi apensado ao PL 1459/03 em decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados de 2007. O projeto de 2005 pretende, em sentido similar, tornar crime previsto em lei especial a “antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável”, embora aqui o escopo seja mais restrito (feto anencefálico ou inviável, ao contrário de feto com malformação). O projeto, além de reprisar a legislação penal relativa ao aborto, com a adição, em cada tipo penal, da expressão “feto anencefálico ou inviável”, pretende incluir no ordenamento jurídico o tipo penal de “aborto culposo” (em que não há intenção da gestante ou do médico de praticar o aborto, mas o aborto decorre de conduta com imprudência, negligência ou imperícia): há previsão de penas para gestantes que sofrem abortos, mesmo espontâneos, quando não observado o “regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado”, bem como para terceiros (inclusive médicos) que provoquem culposamente um aborto, aumentada se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, se há omissão de socorro ou fuga. O autor, mesmo reconhecendo a inviabilidade do feto anencefálico ou sua sobrevivência de no máximo algumas horas, justifica o projeto no sentido de que

A permanência de feto anômalo no útero da mãe, entretanto, não pode deixar de receber a devida tutela por parte do Legislador; a alegada dor, angústia e frustração que pode invocar a gestante para “justificar” a expulsão do conceito não pode ser levada em conta quando se cuida de defender a integridade de uma **vida humana**, ainda que se trate de uma forma de vida precária – o papel sobretudo moralizante do Legislador deve ser o de tipificar a interrupção terapêutica da gravidez como delito autônomo do aborto previsto no Código Penal (2005, p. 3).

Em referência implícita à intensa controvérsia jurisdicional já em curso no Poder Judiciário a respeito da possibilidade de autorização para o aborto de fetos anencefálicos, bem como considerando que a ADPF 54 havia sido proposta em 2004 pela a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), o autor afirma que em Direito Penal deve prevalecer o princípio da reserva legal, de forma que caberia ao Legislativo encerrar a controvérsia no Judiciário tipificando expressamente o aborto nessa hipótese. Para o autor, está em questão “a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, embora embrionária, usando-a como objeto, ou descartando-a como um *estorvo*”; além disso, de acordo com o autor, o “determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal; não é o desejo, portanto, de nosso Bendito Criador que a porção feminina de sua obra aborte ou antecipe o parto mediante alguma intervenção cirúrgica” (2005, p. 3).

O recente Projeto de Lei nº 4396/2016, por fim, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), foi apresentado em fevereiro de 2016 e imediatamente apensado ao PL 1459/03, por decisão da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. O projeto – que provavelmente veio em resposta à divulgação de que um grupo liderado pela Professora Debora Diniz, da UnB (que também articulou a apresentação da ADPF 54) prepara uma ação, a ser entregue ao Supremo Tribunal Federal (STF), que cobra o direito de interromper a gravidez em casos em que a síndrome for diagnosticada nos bebês⁷⁷ – busca inserir no art. 127 do Código Penal uma causa de aumento de pena (entre um terço e metade) quando o aborto, praticado pela gestante ou por terceiro, for feito “em razão de microcefalia ou qualquer outra anomalia do feto”. Na justificativa, o autor afirma que “o aborto é a aplicação da pena máxima e irreparável ao nascituro, qual seja, a imposição de morte ao novo ser que vem ao mundo”; assim como no projeto anterior, há a defesa de que cabe apenas à lei instituir exceções à criminalização genérica do aborto nos termos do Código Penal; nesse quadro, diante das ameaças de “um movimento

⁷⁷ Ver notícia “Grupo defende direito ao aborto em casos de microcefalia; CNBB é contra”, de Paula Laboissière, da EBC: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-02/grupo-defende-direito-ao-aborto-em-casos-de-microcefalia-cnbb-e-contra>>. Última consulta em 12/06/2016.

que se estrutura em prol de novas hipóteses que autorizam o aborto”, em função da comoção nacional diante de casos de anencefalia e diante do “dever do Estado de amparar as famílias que recebem crianças com qualquer espécie de enfermidade e [da] obrigação de todos de lutar pela perpetuação da vida”, o autor pretende “regulamentar definitivamente a matéria e inibir movimentos pró-aborto” (2016, p. 2).

O PL 1459/03, bem como ambos os projetos em apenso, receberam pareceres do relator, Dep. Darcísio Perondi (PMDB/RS) pela rejeição, na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, em 22/05/2015 e em 09/06/2016, no sentido de que não há necessidade de complementação da lei penal. O relator fez referência à decisão na ADPF 54, de 2012, em que se determinou ser inconstitucional a interpretação de acordo com a qual o aborto de fetos anencefálicos é conduta tipificada nos termos da legislação penal, de forma que a proposta viria no sentido de superar o entendimento firmado no controle concentrado de constitucionalidade. Afirmou que o diagnóstico da anencefalia é certo e que a possibilidade de sobrevivência do feto anencefálico, que comparou a um morto cerebral, é remota; nesse sentido, descabido, segundo ele, o emprego da expressão “aborto eugênico”. Ressaltou que o PL 5166 busca criar regime jurídico ainda mais rigoroso para o caso de aborto de feto anencefálico do que no caso de aborto de fetos viáveis, tratando como criminosas mulheres em situação extremamente delicada, de uma gestação que causa dor, sofrimento, angústia e frustração, na medida em que seu fim único é a morte. Nessa hipótese, a gestação converter-se-ia em demorado e contínuo sofrimento imposto pelo Estado. Segundo o relator, a “dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira (CF, art. 1º, III), reclama tratamento que garanta os direitos da mulher, considerando sua intimidade, privacidade e autonomia privada (CF, art. 5º, X), bem como integridade física e mental (CF, art. 196)” (2015, p. 5). Lembrou que “o Brasil é signatário Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, cujo art. 4º proclama o direito de toda mulher a que se respeite sua integridade física, mental e moral, garantia igualmente assegurada pelo Pacto de São José da Costa Rica” (2015, p. 5). É, assim, necessário conferir autonomia à mulher para decidir conforme sua visão de mundo, seu estado psicológico e os riscos para sua saúde, não convindo que o Estado formule decisão genérica desconsiderando as situações individuais.

Em seu segundo relatório, o Dep. Darcísio Perondi (PMDB/RS) reprisou os argumentos anteriores, incluindo, no entanto, razões para que não fosse tampouco aprovado o PL 4396/16. Segundo o relator, a microcefalia não é, no ordenamento jurídico atual, uma causa de exclusão de ilicitude do crime de aborto; nesse quadro, não é prudente estabelecer uma causa

de aumento de pena para o aborto praticado em caso de microcefalia apenas com o objetivo de afastar uma possível posterior interpretação de inconstitucionalidade da aplicação da lei a essa hipótese – que sequer é provável, já que, segundo ele, os argumentos utilizados na ADPF 54 não se aplicam à microcefalia (2016, p. 6-7). Todos os projetos seguem em deliberação na Comissão de Seguridade Social e Família.

4.6 Projeto de Lei nº 478/2007 e apensos

O Projeto de Lei nº 478/2007, de autoria dos Deputados Luiz Bassuma (PT/BA) e Miguel Martini (PHS/MG), pretende instituir o “Estatuto do Nascituro” no Brasil, para, dentre outras disposições, criminalizar a pesquisa com células-tronco embrionárias; aumentar as penas para os tipos de aborto já criminalizados pela legislação penal; criminalizar o aborto em caso de estupro; tornar o aborto crime hediondo; criminalizar o “aborto culposo” (a “morte do nascituro” causada por negligência, imprudência ou imperícia); superar o entendimento assentado pelo STF quando ao caráter penalmente atípico do aborto de fetos anencefálicos; criminalizar a “apologia ao aborto”; e oferecer “proteção integral ao nascituro”, que passaria a ser sujeito de “expectativa de direito à vida” a ser prioritariamente assegurada pela família, pela sociedade e pelo Estado. Num mesmo sentido, o idêntico Projeto de Lei nº 489/2007, de autoria do Deputado Odair Cunha (PT/MG), que tramita em apenso ao primeiro. Foi apresentado projeto substitutivo na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, que substitui a expressão “expectativa de direito” pela simples atribuição ao nascituro da titularidade de direitos, em especial à vida, à saúde, ao desenvolvimento e a todos os da personalidade, ficando apenas os direitos patrimoniais sujeitos a condição resolutiva.

Nos termos da justificativa do projeto, “não seria má ideia se o Brasil [...] promulgasse uma lei que dispusesse exclusivamente sobre a proteção integral ao nascituro, conforme determinou o Pacto de São José de Costa Rica, assinado por nosso País” (2007, p. 6). A justificativa do projeto não é extensa. Segundo os autores do projeto,

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades (2007, p. 6).

Em novembro de 2009, o Projeto recebeu parecer da Relatora na Comissão de Seguridade Social e Família, Dep. Solange Almeida (PMDB-RJ), pela sua aprovação, com substitutivo. Segundo a relatora, o texto é instrumento de importância para a defesa do nascituro, beneficiando também a gestante e sua família e contribui para a integração da legislação relativa à aplicação dos direitos humanos e da criança e do adolescente. A relatora cita o art. 1º, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada pelo Brasil em 1992, que estabelece que, para os efeitos daquela convenção “pessoa é todo ser humano”. Segundo ela,

o projeto de lei em exame, com os aperfeiçoamentos constantes do presente substitutivo, pretende tornar realidade esses relevantes objetivos, quais sejam, os de proteção e promoção da pessoa humana em sua fase de vida anterior ao nascimento, quando é designada pelo termo “nascituro”, com todas as benéficas repercussões para o futuro de sua vida. Isso interessa não só ao indivíduo e sua família, mas também à nação. Parece evidente, pois, sua plena compatibilidade com os objetivos fundamentais da República, nos termos estabelecidos no art. 3º, itens I a IV, da Constituição Federal (2009, p. 8).

O projeto foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, nos termos do parecer e substitutivo da relatora, com registro de sete votos contrários – dentre eles o do Deputado Darcísio Perondi (PMDB/RS), que apresentou extenso voto separado, em 22 páginas. O Deputado iniciou seu voto em separado lembrando que a *liberdade* e a *igualdade* são pilares das democracias contemporâneas, e que dentre as liberdades se destaca a *liberdade de pensamento e de crença*: segundo ele, “a eventual imposição de uma moralidade hegemônica, ou a não consideração da diversidade de idéias e opiniões, coloca em risco esses pressupostos fundamentais, aniquilando o sentido de liberdade construído durante séculos”, e qualquer lei que viole essas liberdades padece de vício de legitimidade (2010, p. 1). Segundo o Deputado, ao equiparar os direitos do nascituro aos direitos das mulheres e equiparar nascituros a crianças o projeto viola, além da liberdade de crença, a igualdade. Nas palavras do Deputado:

No projeto do Estatuto do Nascituro constata-se dois pontos equivocados, relacionados ao sentido contemporâneo de liberdade e de igualdade. Primeiramente, não é considerado a pluralidade de saberes e de práticas humanas, como o saber biomédico, a biologia, o direito e a ética. Com isso, o projeto consolida um status para o nascituro que expressa uma única moralidade, que desconsidera a diversidade moral e mesmo a ausência de consensos científicos sobre o status do nascituro. O status inferior dado às mulheres no âmbito do Estatuto, implica na ausência do reconhecimento de sua condição contemporânea como sujeitos morais e de direitos. A proposta de se proteger os seres humanos não nascidos é legítima, mas, se torna ilegítima e incompatível com os princípios fundamentais do Estado

Democrático de Direito no momento em que viola e/ou ignora a igualdade, a liberdade, e a dignidade das mulheres como seres humanos (2010, p. 2).

O Deputado, então, passa a enumerar os problemas centrais do Estatuto do Nascituro proposto, levantando alguns pontos centrais para sua análise. Quanto à proteção do nascituro, a distinção entre ser humano e pessoa e a questão da vida, aponta que (i) o problema do projeto não é o reconhecimento da proteção ao nascituro, mas que isso é feito às custas dos direitos das mulheres: embora diferentes tribunais constitucionais tenham reconhecido a possibilidade de tutela da vida humana pré-natal, essa proteção não se pode dar com a mesma intensidade daquela oferecida às pessoas já nascidas; (ii) o nascituro pode ser considerado humano, em virtude de seu código genético, mas a categoria de *pessoa* é uma categoria moral, que depende da crença: nesse quadro, “o projeto de lei impõe uma determinada concepção, que não permite ser compartilhada pelos diversos sujeitos morais e de direitos, ele fere os princípios, direitos e garantias fundamentais que garantem a liberdade de crença e pensamento e a igualdade dos sujeitos”; e (iii) afirmar que o nascituro deve ter seus direitos reconhecidos no mesmo grau que os direitos de uma criança ou uma mulher é ignorar elementos básicos da personalidade como capacidade de viver a vida, consciência, nascimento com vida, participação em uma comunidade política, registro de nascimento, dentre outros que diferenciam o pertencimento à espécie da categoria pessoa; e (iv) o único consenso médico e biológico sobre a vida é no sentido de que ela é um processo autoprodotivo contínuo e infinito, do qual o nascituro é um estágio, de forma que “para marcar o início da vida, inclusive da vida humana, o único aporte razoável e não arbitrário é falar em uma regressão infinita, em uma vida que começou a milhares de anos. Considerar o feto ou um estágio desse processo evolutivo da vida humana como pessoa, é admitir uma única concepção válida, logo dogmática”. Segundo o Deputado, “lei que propõe uma definição dessa natureza viola a liberdade de crença e pensamento”, de forma que a única questão passível de ser colocada em debate no Legislativo “é quando deve o Estado começará a proteger o processo de desenvolvimento da vida humana, e qual o grau de restrição à autonomia e liberdade dos sujeitos de direitos, que se mostra razoável com a dignidade da pessoa humana” (2010, p. 2-4).

Sobre a questão dos direitos sexuais e reprodutivos, entendidos como direitos fundamentais, apontou o Deputado que (v) a comunidade internacional reconhece nos direitos reprodutivos o cuidado do nascituro como consequência do reconhecimento do direito de seus genitores, em especial da mãe, visto que os riscos e custos da procriação recaem primordialmente sobre ela; o projeto, nesse quadro, busca inverter essa lógica, esvaziando os direitos das mulheres e submetendo-os a um ser humano não nascido, quando, segundo ele, “é

através da garantia dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, da sua saúde e dignidade, que os direitos do nascituro estarão resguardados; [...] a melhor forma de proteger a vida do nascituro é proteger às mulheres, sem, com isso, subjugar sua liberdade e autonomia”; (vi) embora o Pacto de São José da Costa Rica disponha que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”, a Resolução 23/81, de 6 de março de 1981, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou que o direito ao aborto não viola o artigo 4º, inciso I do Pacto de 1969, tampouco o artigo 1º da Declaração Americana dos Direitos do Homem; e (vii) “a Observação Geral no. 28, do Comitê de Direitos Humanos”, interpretou como parte do direito à vida das mulheres o dever dos Estados de adotar medidas para que elas não recorram aos abortos clandestinos e inseguros que ponham em risco suas vidas e saúde, principalmente no caso de mulheres pobres ou afrodescendentes (2010, p. 5-6). Sobre a questão da violência sexual e da dignidade das mulheres, o Deputado afirma que o projeto, ao prever a criação de uma “bolsa-estupro” para mulheres grávidas em virtude de violência sexual – que, nos termos do projeto, perderiam o direito de abortar nesses casos – pretende que o Estado legitime essa mesma violência:

Os direitos reprodutivos e sexuais, e a dignidade das mulheres, são violados flagrantemente pelo art. 13 do projeto de lei do Estatuto do Nascituro que afirma que o nascituro concebido por um ato de violência terá prioridade de acesso à saúde e adoção e direito a pensão alimentícia até completar 18 anos. Esse dispositivo cria uma nova forma de responsabilização do Estado, além de legitimar e institucionalizar a tortura quando obrigada a mulher a levar a cabo uma gravidez decorrente de um ato de violência. Em outras palavras o Estado torna-se o criminoso, uma vez que impõe uma política de violência e de perpetuação da violência. A isso chama-se terrorismo de Estado, eis que o Estado chancela as sequelas e a permanência do ato criminoso da violência sexual. O que é uma característica de estados totalitários (2010, p. 6-7).

O Deputado lembrou da Conferência Mundial de População e Desenvolvimento e da IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Beijing, em 1995, em que o governo brasileiro assumiu, por meio da assinatura de acordos e tratados internacionais, compromissos com a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, já reconhecidos como direitos humanos. Segundo ele, “a morte materna no Brasil está estreitamente relacionada ao insuficiente reconhecimento desse evento como um problema social e político por parte de algumas autoridades sanitárias em âmbito estadual e municipal”; dessa forma, o melhor instrumento de proteção da vida humana é a continuidade da institucionalização pelo SUS de um amplo leque de políticas públicas para atenção à gestante, como médicos no pré-natal, assistência médica, internação, parto, medicamentos, complementos alimentares, vacinas, dentre outros

procedimentos (2010, p. 7-11). Para o Deputado, o legislador deve elaborar leis em nome da saúde integral de todas as mulheres, inclusive em seu direito à interrupção da gravidez nos casos já previstos em Lei e ampliar a discussão sobre o aborto como problema de saúde pública, sempre em consonância com os compromissos assumidos nacional e internacionalmente pelo Governo Brasileiro (2010, p. 13). Após citar depoimentos de três mulheres vítimas de estupros que precisaram recorrer a serviços públicos de saúde, ressaltando o quão difícil e traumática uma experiência desse quilate pode ser para uma adolescente ou uma mulher, especialmente quando a violência ocorre na família, o Deputado Darcísio Perondi conclui o seu voto em rejeição ao “Estatuto do Nascituro”

por considerar que o projeto viola tanto a liberdade de crença e pensamento quanto o princípio da igualdade; viola a dignidade das mulheres porque as transforma em simples meio para garantir direitos de um terceiro em potencial; por impedir o aborto decorrente de violência sexual; por considerar que artigo 13 do Estatuto do Nascituro institucionaliza a tortura e impõe o terrorismo de Estado; por considerar que a proteção ao nascituro não pode se dar ao custo dos direitos das mulheres; por considerar que a tutela dos direitos do nascituro não pode se dar na mesma intensidade com que se tutela o direito de pessoas humanas já nascidas; [e] por considerar que o Estatuto do Embrião cria um novo tipo de responsabilidade do Estado em relação aos crimes decorrentes do dever geral do Estado de prestar segurança (2010, p. 22).

Após aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família, o PL 478/07 e apensos passou à Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados, recebendo em 2912 parecer favorável do relator na comissão, Deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ), que sugeriu apenas uma breve emenda no prevendo que, diante da necessidade de permitir a adequação orçamentária e financeira da previsão de pagamento de bolsa-auxílio às gestantes em decorrência de estupro (art. 195, §5º, CRFB), a lei produziria efeitos financeiros, caso aprovada, apenas no exercício financeiro seguinte ao da sua promulgação (2012, p. 5). A Comissão de Finanças e Tributação, em reunião ordinária realizada em 05 de junho de 2013, opinou pela adequação financeira e orçamentária do Projeto de Lei nº 478/07 e apensos, bem como do Substitutivo da Comissão de Seguridade Social e Família, com emenda, nos termos do parecer do Relator, contra os votos dos Deputados Devanir Ribeiro, Pedro Eugênio, Afonso Florence, Erika Kokay, Cláudio Puty e Assis Carvalho. O Deputado Afonso Florence (PT/BA) apresentou voto em separado exclusivamente quanto à adequação orçamentária e financeira do projeto, cuja análise anima a comissão, afirmando que a emenda genérica proposta pelo Deputado Eduardo Cunha, que se limita a afirmar que a lei produzirá efeitos na legislatura seguinte, “serviria para adequar qualquer matéria porque ignora a necessidade de se atender os requisitos previstos na legislação”; se aceita, segundo ele, desmoralizaria a essência da comissão no que

tange à sua principal atribuição (2013, p. 2). O projeto, atualmente, encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do Deputado Marcos Rogério (PDT/RO), aguardando a realização de audiência pública solicitada pelo relator.

4.7 Projeto de Lei nº 3673/2008

O Projeto de Lei nº 3673/2008, atualmente arquivado, de autoria do Deputado Pompeo de Mattos – PDT/RS, pretende alterar o art. 124 do Código Penal – que trata do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento – para reduzir a pena máxima aplicada de três para dois anos de detenção. Embora o projeto não tenha chegado a ser discutido na Câmara, sua justificativa chama atenção porque foi uma das poucas vezes em que se associa explicitamente a questão do direito ao aborto com a questão do direito à privacidade.

O caso concreto que motivou a propositura do projeto de lei ocorreu quando, em 13 de abril de 2007, a polícia de Mato Grosso do Sul, realizou busca e apreensão em uma clínica de planejamento familiar e confiscou os registros médicos de quase dez mil mulheres, após a divulgação de uma notícia de que a clínica realizava abortos ilegais. Após a apreensão, os prontuários médicos das pacientes da clínica foram expostos por uma semana para consulta pública, desencadeando uma onda de revolta contra as mulheres que constavam da lista, condenadas pela opinião pública – em violação do direito à privacidade e à intimidade e com a quebra de confidencialidade e do sigilo médico. Segundo o autor, a apuração do crime de aborto difere substancialmente de todos os demais, pois, via de regra, o processo de investigação não invade a vida íntima ou privada dos acusados, principalmente, em questões amorosas, sexuais e familiares; no aborto, por outro lado, a investigação do fato está umbilicalmente ligada à invasão da vida privada da mulher, porque “se ela praticou aborto é porque fez sexo. E nada mais é íntimo e delicado, do que a vida sexual de cada um” (2008, p. 2). Segundo o autor, na forma com que a legislação se encontra,

a autoridade policial deve instaurar o inquérito policial e começar a investigar. Neste caso não há outra alternativa a não ser a invasão da vida da mulher na medida em que a autoridade pergunta sobre o crime e todas as suas circunstâncias. No caso, se a mulher nega, um direito constitucional que lhe assiste, complica ainda mais para ela, pois diante da negativa, a autoridade deve buscar provas contra a acusada ou suspeita. Para bem instruir o inquérito ouve testemunhas, namorado, amante, familiares (pai/mãe); interroga, qualifica, pregressa a mulher e até corre o risco de sujeitá-la ao

constrangimento de comparecer no IML para fazer o exame de corpo de delito. E aí a vida da mulher fica totalmente exposta (2008, p. 3).

Segundo o autor, existem intensos debates sobre a questão do aborto no Congresso; no entanto, todos devem concordar que a invasão da privacidade da mulher que aborta é deletéria. Nesse quadro, o projeto não busca descriminalizar o aborto, mas diminuir sua pena máxima para dois anos, pois, dessa forma, “o crime passará a ser de menor potencial ofensivo nos termos da Lei 9.099/95. Assim, o Delegado de Polícia ao tomar conhecimento do aludido crime fará apenas um Termo Circunstanciado de Ocorrência, conhecido como ‘TCO’ e encaminhará ao Promotor para fazer a proposta de transação penal” (2008, p. 4).

4.8 Projeto de Lei nº 1545/2011 e apensos

O Projeto de Lei nº 1545/2011, de autoria do Deputado Eduardo Cunha (PMDB/RJ), pretende incluir um tipo no Código Penal especial para o aborto praticado por terceiro (que tem penas de 1 a 4 anos, se há consentimento da gestante, e 3 a 10 anos, se não há esse consentimento), quando se tratar de aborto praticado por médico fora das hipóteses do art. 127 do Código Penal (risco de morte da mãe ou estupro), prevendo pena de 6 a 20 anos de reclusão (igual à do homicídio simples) e a proibição definitiva do exercício da profissão (embora a Constituição proíba penas de caráter perpétuo). De acordo com o autor, as penas para o aborto são demasiadamente brandas. Considerando que o Código de Ética Médica veda ao médico “acumplicitar-se com profissionais ou instituições médicas que pratiquem atos ilícitos” (art. 38), o aborto praticado por médico deve ser, para o autor, apenado de maneira mais rigorosa do que o praticado por terceiro, pois o médico possui o dever profissional de preservar a vida, devendo ser, dessa forma, apenado com a proibição definitiva do exercício da profissão caso pratique abortos.

Em apenso ao PL 1545/11, tramita o Projeto de Lei 6115/2013, dos Deputados Salvador Zimbaldi (PDT/SP) e Alberto Filho (PMDB/MA), que pretende inserir um parágrafo único no art. 128 do Código Penal explicitando que o aborto em caso de estupro apenas não será punido na hipótese em que “o estupro for comprovado mediante exame do corpo de delito, não bastando a simples alegação da gestante”. Segundo os autores, o art. 128, II do Código Penal tem sido interpretado de modo abusivo, não como uma escusa absolutória para um estupro já praticado, mas como um verdadeiro direito da gestante a ser financiado pelo Estado (2013, p. 1); essa interpretação, segundo eles, dá ensejo a um outro abuso, que é o direito

concedido à gestante em caso de estupro de abortar mediante a simples alegação de que ela foi estuprada (2013, p. 2). O projeto se insurge contra a “Norma Técnica para Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes” (BRASIL, 2012). Embora a norma em diversos momentos chame atenção para o dever dos profissionais de saúde de orientar as vítimas de violência sexual sobre a importância de denunciar o crime nas instâncias policiais e judiciais competentes, ela reconhece que a realização do aborto em caso de violência sexual não é condicionada a decisão judicial reconhecendo a violência sexual, à realização de exames de corpo de delito ou de registro de boletim de ocorrência, por ausência de sustentação legal para essas exigências, sendo apenas imprescindível o consentimento da mulher vítima. De acordo com a norma, o objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde, não cabendo “ao profissional de saúde duvidar da palavra da vítima, o que agravaria ainda mais as consequências da violência sofrida. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados a Polícia ou Justiça” (2012, p. 69).

Também em apenso ao PL 1545/11, por fim, tramita o Projeto de Lei 3983/2015, de autoria de um grupo de 13 Deputados de 12 partidos políticos. O projeto pretende alterar o artigo 128 do Código Penal, que deixaria de fazer qualquer referência à gestação decorrente de estupro, de forma que a lei passaria a dispor que o aborto praticado por médico não é punido tão somente quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Os autores justificam o projeto invocando a inviolabilidade do direito à vida e o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza – que se aplicariam ao feto, equiparado, na argumentação, à qualidade de pessoa titular de todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. Os autores invocam o princípio da pessoalidade da pena para equiparar o aborto em caso de estupro à pena de morte aplicada ao feto:

A Constituição, em seu art. 5º, XLV, estabelece que “**nenhuma pena passará da pessoa do condenado**”. É que não ocorre [sic] no aborto em caso de estupro, quando o nascituro é privado de sua vida por causa de um crime cometido pelo pai. De fato, o Código Penal, em seu artigo 213, estabelece que o crime de estupro é punível com reclusão de seis a dez anos, após o julgamento e amplo direito de defesa. Mas ao ser realizado o aborto, uma pessoa inocente é privada de sua vida, sem direito a defesa e julgamento, por um crime que deveria ser punido com reclusão de seis a dez anos. Desta maneira, a pena não somente é transferida para uma pessoa inocente, mas consideravelmente aumentada (2015, p. 2).

Os autores argumentam que como o aborto está capitulado dentre os “crimes contra a pessoa”, o nascituro seria considerado uma pessoa pela legislação; citam, além disso, o art. 7º

do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso”, entendendo que a garantia de políticas públicas que permitam o nascimento implica reconhecimento de que o feto é uma pessoa, com direito à vida. Comparam novamente, por fim, o aborto em caso de estupro à aplicação de pena à “pessoa do nascituro”, justificando a criminalização do aborto em caso de estupro em nome da igualdade, da inviolabilidade do direito à vida e da pessoalidade da pena.

4.9 Projeto de Lei nº 882/2015 e apenso

O Projeto de Lei nº 882/2015, de autoria do Deputado Jean Wyllys (PSOL/RJ), pretende estabelecer um conjunto de políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, no bojo das quais pretende revogar os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal – de forma que restaria criminalizado no ordenamento jurídico brasileiro apenas o aborto praticado *sem o consentimento* da gestante. O projeto tramita em apenso ao PL 313/2007, embora este tenha um escopo muito mais restrito, pois trata apenas de alterações propostas na Lei 9.263/96, que regulamenta o art. 226, §7º da Constituição, que trata do planejamento familiar.

A lei proposta tem por objetivo “garantir os direitos fundamentais no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos, regular as condições da interrupção voluntária da gravidez e estabelecer as correspondentes obrigações dos poderes públicos” (2015, p. 1). O projeto propõe políticas públicas no âmbito da educação sexual e reprodutiva, para inserção desses conteúdos nos currículos escolares. O projeto busca, além disso, reconhecer a toda mulher “o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante, nos serviços do SUS e na rede privada nas condições que determina a lei”, sem qualquer discriminação (2015, p. 3). Esse direito é, nos termos do projeto, de livre exercício até as doze primeiras semanas do processo gestacional; após esse prazo, apenas até a 22ª semana de gestação, em caso de estupro, violência sexual ou ato atentatório à liberdade sexual, desde que o feto tenha menos de quinhentos gramas, ou a qualquer tempo, em caso de risco à saúde da gestante ou em caso de incompatibilidade do feto com a vida extrauterina comprovados clinicamente. Há a previsão de que a gestante receba um conjunto de informações sobre a interrupção voluntária da gravidez, após as quais o

procedimento deve ser realizado em até 3 dias, bem como a possibilidade de que os médicos apresentem, de forma individualizada e circunstanciada, objeção de consciência à realização do procedimento.

A justificativa do projeto se funda na ausência de justificativa para que o aborto *seguro* seja atualmente ilegal, senão a vontade de parte do sistema político de impor crenças e preceitos morais ao conjunto da população, ferindo a laicidade do Estado. Em primeiro lugar, o autor aponta que não há correlação entre a criminalização do aborto e a incidência quantitativa da prática, apresentando dados sobre a magnitude da incidência do abortamento ilegal no Brasil, a despeito da proibição legal. Diante da ilegalidade da conduta, o autor aponta que os procedimentos são realizados sem assistência adequada, de forma insegura e sem padronização sanitária, gerando casos de complicações pós-aborto, como hemorragia, infecção, infertilidade e morte – lembrando, para tanto, os casos de Jandira Magdalena dos Santos Cruz e Elizângela Barbosa, ambas mortas após complicações decorrentes de abortos clandestinos. Segundo o autor,

A criminalização e as leis restritivas não levam à eliminação ou redução do número de abortos provocados, mas produzem, sim, um efeito que os defensores dessa política preferem ignorar: o aumento considerável dos índices de morbidade feminina, representando, ainda, uma das principais causas de morte materna no Brasil, como acontece em outros países onde o aborto é total ou parcialmente ilegal. E é nesse aspecto que a “lei do faz de conta” não é inócua: a legalização do aborto evitaria milhares de mortes e casos de prejuízos à saúde das mulheres que, por falta de recursos econômicos, recorrem à prática da interrupção voluntária da gravidez nas piores condições de risco e insegurança. E é nesse efeito da lei que reside a segunda mentira: a “defesa da vida”, porque a criminalização do aborto mata. Além disso, dificulta o registro e a alimentação do sistema de informação sobre a mortalidade materna, que por vezes é mascarada por infecções e hemorragias, ou simplesmente contabilizada entre os óbitos por causas mal definidas. O atendimento ao abortamento malsucedido é o segundo procedimento obstétrico mais realizado nos serviços públicos de saúde do país. Segundo o DataSus, são cerca de 230 mil internações por ano para o tratamento das complicações decorrentes do abortamento inseguro (2015, p. 9).

O autor aponta que a noção de que a criminalização do aborto é “geral” é ilusória; a criminalização é seletiva e é uma questão de classe, pois só vale para as mulheres mais pobres, cujas vidas seriam protegidas pela legalização: citando dados do Uruguai, aponta que após a legalização nenhuma mulher morreu em virtude da prática e, além disso, o número de abortos chegou a diminuir, na medida em que os centros de saúde se tornaram equipados para dar às mulheres amplas informações sobre alternativas ao aborto e contracepção (2015, p. 10). O autor critica discursos que buscam responsabilizar a mulher pela gestação indesejada, apontando que

o procedimento é grave e difícil para mulheres, não um mero método contraceptivo, apontando também que os mesmos setores que se opõem à legalização do aborto se opõem também à educação sexual e reprodutiva, que é o meio mais adequado de prevenir gestações indesejadas (2015, p. 10). Segundo o autor, o direito das mulheres à interrupção voluntária da gravidez em ambiente legal e seguro está fundado no Direito Internacional dos Direitos Humanos:

O Estado Brasileiro, como signatário dos pactos e convenções de Direitos Humanos e seus protocolos, que formam o corpus jurídico deste direito, está obrigado a garantir às mulheres os seguintes direitos: à vida, ao máximo possível de saúde física e mental; à igualdade e não discriminação; à intimidade e à autonomia reprodutiva; à liberdade; a não serem submetidas a maus tratos, crueldade e degradação; à liberdade de consciência e religião, entre outros. Dessa forma, a proibição e a criminalização do aborto e a falta de acesso a procedimentos seguros e gratuitos constituem uma violação destes direitos. Garantem a vigência destes direitos o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP); a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); a Convenção sobre os Direitos da Criança; a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência. A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, e a 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Beijing em 1995, forma marcos para a afirmação dos direitos sexuais e os direitos reprodutivos das mulheres como direitos humanos (2015, p. 12).

O autor lembra que o Estado brasileiro se comprometeu a revisar as leis punitivas que incidem sobre as mulheres que praticam abortos ilegais e inseguros, conforme compromisso disposto no parágrafo 106 k. da Plataforma de Ação de Beijing (Conferência Mundial sobre a Mulher). O autor lembra também o parágrafo 42 do Consenso de Montevidéu sobre População e desenvolvimento, nos termos do qual o Brasil se comprometeu a considerar a possibilidade de modificar leis, normativas, estratégias e políticas sobre a interrupção voluntária da gestação, para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos.

Em apenso ao PL nº 882/15, tramita o Projeto de Lei nº 891/2015, de autoria do Deputado Flavinho (PSB/SP). Assim como o PL 882/15, o projeto busca “garantir os direitos fundamentais no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos”, buscando, no entanto, “regular a proibição da interrupção voluntária da gravidez e estabelecer as correspondentes obrigações dos poderes públicos”. Ambos os projetos têm estruturas semelhantes, mas conteúdos bastante distintos. O segundo projeto conceitua de modo mais restritivo saúde sexual (como “o estado de saúde do aparelho reprodutor humano e as condutas sociais que possam estimular a propagação de doenças sexualmente transmissíveis”, ao contrário de “o estado de

bem estar físico, psicológico e social relacionado com a sexualidade, que requer um ambiente livre de discriminação, de coerção e de violência”) e saúde reprodutiva (como “a boa condição e funcionamento do aparelho reprodutor humano e social nos aspectos relativos a capacidade reprodutiva da pessoa, que implica no dever de uma vida sexual segura, a liberdade de ter filhos desde que garantida a inviolabilidade da vida e amparada a sua concepção pelo Poder Público e seus genitores”, ao contrário de “o estado de bem estar físico, psicológico e social nos aspectos relativos a capacidade reprodutiva da pessoa, que implica na garantia de uma vida sexual segura, a liberdade de ter filhos e de decidir quando e como tê-los”). Assim como no PL 882/15, o art. 2º do PL 891 reconhece que “no exercício de sua liberdade, intimidade e autonomia, todas as pessoas têm direito a decidir livremente sobre sua vida sexual e reprodutiva, conforme direitos e deveres estabelecidos pela Constituição Federal”, adicionando, no entanto, que “inclusive no que se refere à estrutura do núcleo familiar e, sobretudo, à garantia inviolável da vida do nascituro”. Em geral, o segundo projeto copia os principais dispositivos do PL 882/15, adicionando ocasionalmente referências à proteção inatacável ao nascituro ou à família tradicional: o art. 3º, por exemplo, dispõe que “o Estado garantirá o direito à reprodução consciente e responsável, reconhecendo o valor social da maternidade e a garantia da vida humana, e, promoverá o exercício pleno dos direitos reprodutivos de toda a população, *entendendo-se que a interrupção voluntária da gravidez constitui um atentado à dignidade da pessoa humana*”; a disposição que previa políticas educacionais destinadas ao reconhecimento e aceitação da diversidade sexual se torna, no segundo projeto, “o reconhecimento e a aceitação do núcleo familiar tradicional tal como previsto na Constituição Federal”. Por fim, todos os dispositivos referentes à regulamentação da interrupção voluntária da gravidez, no projeto apresentado pelo Deputado Jean Wyllys, são suprimidos, restando apenas disposto que “ressalvados os casos previstos na legislação penal, nenhuma mulher tem o direito a realizar a interrupção voluntária da gravidez, ainda que realizada por médico ou condicionada ao consentimento livre, nos serviços do SUS e na rede privada”. A justificativa para o projeto é apresentada em apenas duas linhas, que transcrevo: “Dentre dezenas de Justificativas que poderiam embasar a presente proposição, uma única prevalece: o direito à vida é inviolável” (2015, p. 3).

5. Vida e aborto no Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, não há falta a jurisprudência discutindo os conceitos centrais em torno dos quais se articulam os discursos favoráveis e contrários ao direito ao aborto. Dois casos são paradigmáticos: a ADI 3.510 – em que se declarou a constitucionalidade dos dispositivos da lei de biossegurança que autorizam, respeitadas algumas condições, o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica – e a ADPF 54 – em que o STF declarou inconstitucional a interpretação de acordo com a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada pelo Código Penal.

5.1 ADI 3510 – início da vida e a proteção constitucional da vida humana pré-natal

No dia 24 de março de 2005, foi promulgada no Brasil a Lei de Biossegurança, que, dentre outros assuntos, dispôs sobre a política nacional de biossegurança. Em seu artigo 5º, a Lei autorizou a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento para fins de pesquisa e terapia, desde que (i) sejam embriões inviáveis; ou (ii) estejam congelados há pelo menos três anos, sendo necessário, em qualquer caso, o consentimento dos genitores, vedada comercialização do material biológico. Pouco tempo depois da promulgação da lei, em maio de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 no Supremo Tribunal Federal, impugnando o preceito normativo acima citado, ao fundamento de violação da *inviolabilidade da vida humana* (art. 5º, *caput*, CRFB) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, CRFB).

A tese central do Procurador Geral da República na ADI é a de que “a vida humana acontece **na, e a partir da, fecundação**” (2005, p. 2). O PGR cita médicos e especialistas que defendem a tese de que o embrião é um ser humano na fase inicial da vida, pois possui constituição genética própria, estando determinadas suas características, como cor da pele, cor dos olhos, tipo sanguíneo, etc – de forma que a existência de um ser humano independente não seria uma hipótese metafísica, mas é uma evidência experimental, e estabelecer uma fronteira arbitrária para o momento em que o embrião ou feto passa a ostentar a qualidade de ser humano seria absurdo. O PGR argumenta que as células-tronco adultas (presentes, por exemplo, na medula óssea) podem ser utilizadas para pesquisas científicas de modo factível e seguro, sem

que, com isso, seja necessário empregar células-tronco embrionárias nas pesquisas (que são, não obstante, o único tipo de célula-tronco pluripotencial, ou seja, capaz de se diferenciar em qualquer dos tecidos do corpo). Segundo o PGR, após a sua argumentação, fica assente que (i) a vida humana acontece na e a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se; (ii) que o zigoto, mesmo que constituído por uma única célula, é totipotente, capaz, ele próprio, enquanto *ser humano embrionário*, a formar todos os tecidos humanos, constituindo-se em ser humano único e irrepetível; (iii) a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias (2005, p. 10-1). Em face da sua exposição, o PGR afirma que a pesquisa com células-tronco embrionárias viola a dignidade da pessoa humana pois pressupõe afirmar que alguns indivíduos têm mais dignidade que outros – já que a morte dos embriões, instrumentalizados para fins de pesquisa, é autorizada por lei; dessa forma, embriões e as demais pessoas são divididas em grupos com *status* diferenciado. A dignidade humana implica o postulado da não instrumentalização, e a pesquisa com células-tronco embrionárias reduz os embriões à qualidade de meios para a satisfação de desejos alheios, motivo pelo qual o art. 5º da Lei de Biossegurança deveria ser declarado inconstitucional.

A Lei 9.868/99, que disciplinou o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, previu, no seu art. 9º, §1º, a possibilidade de realização de audiências públicas para instrução de ações no controle concentrado de constitucionalidade. Com fundamento no dispositivo, o Procurador-Geral da República, além de requerer a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que impugnou da Lei de Biossegurança, requereu a realização de audiência pública sobre o tema. A primeira audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal foi então convocada pelo Min. Ayres Britto, relator da ADI 3510, e ocorreu no dia 20 de abril de 2007. Segundo o Ministro, o objetivo da audiência era proporcionar subsídios para “um conceito jurídico, mais especificamente um conceito jurisdicional, para o vocábulo “vida” (2007, p. 4). Os presentes foram divididos em dois blocos de opinião bem delimitados, um favorável à Lei de Biossegurança tal como promulgada e outro contrário. O julgamento da ADI 3510, por fim, ocorreu em três sessões. A primeira, em março de 2008, foi interrompida quando o ministro Carlos Menezes Direito pediu vistas do processo; posteriormente, o julgamento foi retomado e concluído em duas sessões, nos dias 28 e 29 de maio de 2008. Durante os votos, distintos posicionamentos acerca da discussão sobre a

titularidade de direitos fundamentais por parte do embrião o do feto se destacaram na argumentação dos ministros.

O Ministro Ayres Britto, relator, afirmou que apenas pessoas físicas ou naturais possuem o atributo da personalidade civil, pois a personalidade é um predicado daqueles que são pessoas numa dimensão não apenas biológica, mas também biográfica, em sua “história de vida incontornavelmente interativa”: “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte” (2008, p. 162-3). Segundo o Ministro, essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição, pois

nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual [...]. E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém**. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma. Constituição, faz expresso uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar a referência do seu art. 5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de "nascidos", conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12) (2008, p. 164).

Segundo o Ministro, dessa forma, a Constituição não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um bem jurídico autonomamente protegido, mas “protege a vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural”; a inviolabilidade do direito à vida, segundo ele, se refere exclusivamente ao indivíduo já personalizado (2008, p. 165). Diante do silêncio constitucional sobre o início da vida humana, a questão central em discussão não se refere em determinar o início da vida, mas reside em saber “que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida” (2008, p. 166). Em outras palavras, afirmar que o embrião ou o feto não são *sujeitos de direitos constitucionais* não implica afirmar que eles são irrelevantes juridicamente; é válida a proteção, pelo ordenamento infraconstitucional, de todos os estágios do processo vital que deságua no indivíduo pessoa: é o que faz, por exemplo, o

Código Civil, ao colocar a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, ou a lei ordinária, quando veda que a gestante disponha de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo se o ato oferece risco à saúde do feto (2008, p. 170).

O Ministro afirma que a vedação ao aborto *não implica* o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação, pois, se a interpretação fosse essa, o aborto necessário e o aborto em caso de estupro seriam inconstitucionais. Segundo ele, o que traduz essa vedação do aborto

não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção [...], porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição. [...] Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana (2008, p. 171-2).

Segundo o Ministro, não há “pessoa humana embrionária”, mas tão somente “embrião de pessoa humana”. A tutela infraconstitucional do embrião e do feto deriva da proteção constitucional dispensada à pessoa humana propriamente dita. Segundo o Ministro, “não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino”; não obstante, “esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica [...], mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro” (2008, p. 173-4). Segundo o Ministro, é perfeitamente possível afirmar que o início da vida humana coincide com o instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozói de masculino, pois não há outra matéria-prima da vida humana; no entanto, juridicamente, não importa discutir o início da vida, mas sim de que modo a vida humana, em cada uma de suas fases, é tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro:

à luz da Constituição, a vida não pode começar senão por um embrião e que o embrião humano é, portanto, o início de toda a vida. Daí não se pode derivar,

extrair o raciocínio de que embrião é pessoa humana. Ele é um bem a proteger juridicamente. É um interesse juridicamente protegido, mas, à luz da Constituição, não é uma pessoa. Até porque [...] nos trabalhos constituintes, houve três propostas para se proteger o embrião, para se proteger o ser humano desde a concepção: uma proposta da então Deputada Rita Camata; do então Deputado Carlos Virgílio; e da então Deputada Sandra Cavalcanti, nos capítulos "Da Saúde" e "Da Família". Todas as três propostas foram rejeitadas. A Comissão de Constituição e Justiça remeteu o tema para a lei ordinária (205, p. 305).

Após o voto do Ministro Ayres Britto, o Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos. A Ministra Ellen Gracie, no entanto, antecipou seu breve voto pela improcedência da ADI. Sobre a questão do “início da vida”, afirmou que, no curso da ação, “ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana” (2008, p. 204). Segundo ela, no entanto, *não é papel do STF estabelecer conceitos que não estejam implícita ou explicitamente plasmados na Constituição Federal*: a “introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988” (2008, p. 204).

Em seguida à Ministra Ellen Gracie, votou o Ministro Menezes Direito. Segundo ele, “não se trata aqui de buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica”, mas “trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico, o que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano” (2008, p. 237). Em suma, afirmou, quanto ao objeto em análise, que

O que há de se determinar é se a Lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. [...] O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional. [...] É por essa razão que devemos pôr com toda claridade que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana (2008, p. 238-9).

O voto do Ministro Menezes Direito descreve o estado atual da regulamentação da pesquisa com células-tronco ao redor do mundo, como funcionam distintas técnicas de reprodução assistida, e manifesta os temores do Ministro quanto à ausência de regulamentação específica aplicável às distintas instâncias em que são administrados embriões humanos. Segundo o Ministro, para enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 5º da Lei nº

11.105/2005, “é necessário adotar posição clara sobre o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca” (2008, p. 268). Para ele, “o embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões” (2008, p. 271). Assim,

O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferença ontológica entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não. [...] A individualidade decorre de sua distinção com o meio em que vive e de sua autonomia, principalmente de seu projeto de individuação, de seu desenvolvimento, de sua renovação e atualização, através de uma atividade orientada por um programa, o programa genético (2008, p. 277).

Segundo o Ministro, a conclusão pela existência de vida no embrião e o reconhecimento, nele, de uma natureza humana, no entanto, não pode significar a pronta solução da questão posta a julgamento, que não se extrai *in abstracto*, de forma automática: não é porque se reconhece a qualidade da vida humana no embrião que se concluirá necessariamente pela procedência ou improcedência da presente ação, pois é necessário apurar em sede constitucional o alcance da garantia da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana (2008, p. 281). No entanto, acaba por ser essa mera existência de vida no embrião o que fundamenta o reconhecimento da sua titularidade de direitos, pois não há um passo adicional de fundamentação, exceto talvez a remissão ao Pacto de San José da Costa Rica:

A doutrina do Direito Constitucional dá conta de que o direito à vida comporta duas acepções: o direito de permanecer vivo [...] e o direito à subsistência [...]. De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege. Não há termos inúteis na Constituição. Estatuída a inviolabilidade do direito à vida, fica claro que o constituinte dos oitenta pretendeu evitar o aviltamento desse direito fundamental. [...] É preciso assinalar que o Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil aderiu e que tem fundamentado diversas decisões desta Suprema Corte, simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção (artigo 4º, 1) (2008, p. 282).

O Ministro conclui afirmando que os embriões congelados a que se refere o inciso II do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 são embriões com vida, e que, por essa razão, o método de extração de células-tronco embrionárias que acarrete a sua destruição violará o direito à vida de que cuida o caput do art. 5º da Constituição da República; no ponto exato em que o autoriza, a lei é inconstitucional (2008, p. 284). A parte dispositiva do seu voto é peculiar porque o

Ministro passou a decidir questões que passaram ao largo do objeto da ação. Quanto à questão da reprodução assistida, por exemplo, quis “declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto”, do art. 5º da Lei 11.105/05, para fixar a interpretação de que “a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas”, buscando, ainda, proibir a seleção de sexo ou de características genéticas, a fertilização de mais de quatro óvulos por ciclo, a redução embrionária e o descarte de embriões. O Ministro, dessa forma, não se limitou a analisar a compatibilidade dos dispositivos impugnados com a Constituição; diante do que percebeu como uma grave lacuna legislativa, passou, ele próprio, a legislar parâmetros para a reprodução assistida – matéria estranha ao objeto da ação e não discutida em absoluto pelas partes, no máximo por via reflexa. Os demais pontos da parte dispositiva do voto estão igualmente baseados na declaração parcial de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança, para substituí-los por outros que pareçam mais adequados ao Ministro: a exigência de consentimento dos genitores para a pesquisa, prevista no art. 5º, §1º, por exemplo, é “declarada inconstitucional, sem redução de texto”, para que seja entendido que “o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores”; a necessidade de que instituições obtenham “aprovação dos respectivos comitês de ética” para a pesquisa deve, segundo o Ministro, ser entendida como a necessidade de “submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde”⁷⁸.

O voto do Ministro Menezes Direito foi seguido pelo voto da Ministra Carmen Lúcia. A Ministra, similarmente ao Ministro Ayres Britto e contrariamente ao Ministro Menezes Direito, afirmou logo no início de seu voto que o STF não tem a obrigação de afirmar “quando começa a vida”: segundo ela, para saber se são ou não válidas as normas enfocadas na presente ação, “tenho que se há de afirmarem os princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso,

⁷⁸ Há vários problemas na parte dispositiva do voto do Ministro Menezes Direito. Ressaltamos, em especial, que a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* é uma técnica decisória por meio da qual uma ou mais possíveis interpretações de uma norma atacada são declaradas inconstitucionais, sem que a própria norma seja considerada inconstitucional *tout court*, em face da subsistência de interpretações válidas. A *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, no entanto, não permite que o texto legal cuja validade é analisada seja *substituído integralmente* por outro texto, pois, nesse caso, não se cogita de uma declaração parcial de inconstitucionalidade, mas de verdadeira *sentença substitutiva*. No caso em questão, não há nenhum elemento na Lei de Biossegurança que permita inferir, por exemplo, que o Ministério da Saúde deve estar envolvido na aprovação de pesquisas com células-tronco embrionárias; o Ministro Menezes singelamente pretendeu, com seu voto, *substituir* o texto da norma impugnada por outro que lhe pareceu constitucionalmente mais adequado. Não se trata sequer de decisão com eficácia meramente *aditiva* pois não se está aqui ampliando o âmbito normativo do dispositivo, para que abarque situações que não regulou expressamente; se está, sim, *substituindo* o dispositivo analisado, por meio da criação jurisdicional de direitos e obrigações não previstos na lei ou na Constituição, através do emprego decisório de razões não jurídicas.

sem que se tenha, necessariamente, de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião ou ao feto” (2008, p. 331). Após uma longa fundamentação em que se ateve precipuamente à questão da pesquisa jurídica com células tronco, sem adentrar tanto na questão da proteção constitucional à vida humana pré-natal, concluiu pela compatibilidade da Lei de Biossegurança com a Constituição.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski trouxe uma seção específica sobre o início e a proteção da vida. Segundo ele, múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao início da vida, dependendo da perspectiva filosófica, religiosa ou científica, e o Judiciário pode não ser vocacionado para essas discussões que têm caráter eminentemente metafísico. No plano jurídico-positivo, no entanto, ele aponta que “há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção”, inclusive em função do Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como norma de caráter *supralegal*⁷⁹; assim, em face do art. 4, I, deve-se reconhecer que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” (2008, p. 401). Além disso, o Ministro sugere que a discussão travada nos autos não deve não deve

limitar-se a saber se os embriões merecem ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano. Creio que o debate deve centrar-se no direito à vida entrevisto como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano (2008, p. 403).

Em face dessas considerações, o Ministro, em sentido bastante semelhante ao do voto do Ministro Menezes Direito, opina pela prolação de um acórdão com eficácia aditiva para inserir requisitos para a pesquisa com células-tronco embrionárias requisitos não previstos na lei, opinião na qual foi seguido pelo ministro Eros Grau⁸⁰.

⁷⁹ A *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional 45 (ou, posteriormente a ela, quando não aprovados com quórum qualificado para a aprovação de emenda à Constituição) foi uma criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁰ Embora tenha aqui votado pela prolação de acórdão com eficácia aditiva, para adicionar mais requisitos do que os previstos em lei para a pesquisa jurídica com células-tronco embrionárias, o Ministro Lewandowski, ao julgar a inconstitucionalidade da aplicação da lei penal ao aborto em caso de anencefalia fetal, fundamentou sua decisão em noções opostas sobre o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade: afirmou que não poderia dar provimento ao pedido porque o STF só pode exercer o papel de legislador negativo, observando que o Congresso Nacional, se assim o desejasse, poderia ter alterado a legislação para incluir os anencéfalos nos casos em que o aborto não é criminalizado, mas até hoje não o fez.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, integrou o conjunto de ministros que não viu “a discussão sob a perspectiva de uma eventual fixação por esta Corte do momento do início da vida”, pois “nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida” (2008, p. 461). Segundo o Ministro, o ordenamento jurídico tutela a vida humana em graus diferenciados, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano: “em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental” (2008, p. 462). Segundo o Ministro, “o dispositivo impugnado traz apenas uma permissão para que se utilizem células-tronco embrionárias, decorrentes de processos de fertilização in vitro, em pesquisas científicas. Trata-se, portanto, de uma faculdade outorgada por lei a todas as pessoas”: nesse ponto, a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5o, caput) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5o, IX) (2008, p. 464). O fato de a autorização para pesquisa com células-tronco embrionárias ser uma faculdade dos genitores conjuga a laicidade do Estado e a autonomia privada:

Assim, convivem em nossa sociedade os mais diversos credos e práticas religiosas. E todos os praticantes e seguidores das mais diversas religiões têm o direito de ver suas convicções religiosas respeitadas. [...] A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas ideias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa (2008, p. 466-8).

O Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto repudiando alguns posicionamentos que, do seu ponto de vista, eram inadequados para o equacionamento da controvérsia: o uso do critério da morte encefálica – que é uma ficção jurídica – para determinar o início da vida; o fato de as pesquisas com células-tronco adultas (CTA) se prefigurarem mais ou menos promissoras ou frutíferas do que aquelas voltadas para as células-tronco embrionárias (CTE), conforme veiculado pelo PGR na inicial, pois elas não traçam caminhos mutuamente excludentes; e os “recursos hermenêuticos tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de normas

subalternas”, pois os “conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da *quaestio iuris* da causa, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites materiais do ordenamento constitucional”⁸¹ (2008, p. 477-9). Segundo ele, “A pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela constitucional da vida se aplica, na integralidade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados” (2008, p. 484). Segundo o Ministro, tanto embriões quanto pessoas compartilham o predicado da *humanidade*, mas apenas pessoas possuem *vida*: “o único ponto de semelhança que as características e as distinções biológicas me autorizam a encontrar, no plano da ordem jurídica, entre um embrião congelado e um adulto, é que esse participa, em grau primitivo, dos requisitos da proteção à dignidade humana deste, e apenas isso” (2008, p. 485). Apesar de o embrião possuir o atributo da humanidade, segundo o Ministro, daí não decorre automaticamente nenhuma conclusão para a discussão que é central, com efeito, saber se o embrião pode ser considerado *pessoa*⁸² em sentido jurídico:

⁸¹ Sobre o equívoco de interpretar a Constituição a partir das leis, quero citar aqui, por sua clareza e eloquência, a integralidade do raciocínio jurídico construído pelo Ministro Cezar Peluso na ADI 3.510, embora discorde de suas conclusões: “Tal é a razão óbvia por que já a nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende graduar o direito à vida com a régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio tem pena maior que a prevista para o delito de aborto, então teriam menor dignidade jurídico-constitucional a vida intra-uterina e, a fortiori, as células embrionárias. O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo-criminal, que em nada deprecia o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos. Para vê-lo em toda a nitidez, basta atentar na própria figura do homicídio, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de qualificação, etc. A ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, valha menos a vida de uma vítima de homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso o infanticídio (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem isso signifique, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa. Daí se tira que a pena cominada, embora guarde certo nexos lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, nem sempre é diretamente proporcional ao valor normativo deste, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos crimes de aborto e de homicídio, cuja diversidade, de modo e em sentido algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações axiológicas no seu status jurídico de fundante valor objetivo constitucional. Por razões até mais graves e intuitivas, que por isso não merecem senão notas de rodapé, parece, nesse sentido, não menos estéril e ilegítima a invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às idéias de nascituro, de nascimento com vida e de personalidade jurídica, todas as quais estão impregnadas de vício metodológico radical e absoluto que, à moda de pecado original, as invalida todas, enquanto mal disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República” (2008, 479-481).

⁸² O conceito de pessoa é um dos mais importantes para o direito ocidental (STANCIOLI, 2010, p. 27). Em sentido doutrinário corrente, se entende por *pessoa* todo aquele que é sujeito de direitos, podendo figurar no polo ativo ou passivo de relações jurídicas (FARIA; ROSENVALD, 2016, p. 169); ou todo e qualquer “ente físico ou coletivo susceptível de direitos e obrigações. Sinônimo de sujeito de direitos” (DINIZ, 2002, p. 115). O conceito de *pessoa* é complexo, comporta múltiplas significações e se desenvolveu após um longo percurso, em que recebeu

De minha parte, estou convencido de que o atributo de humanidade já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura. [...] As divergências toleráveis ao propósito, essas concernem e restringem-se ao problema de sua caracterização, em termos absolutos ou relativos, como pessoa, pois, a despeito de o código genético completo, enquanto conjunto das disposições suficientes para, sob certa condição externa, se desenvolver e transformar em ser humano autônomo, já estar inscrito no embrião, não se pode reduzir a complexidade da pessoa humana como organismo vivo e, sobretudo, como sujeito de direito, ao aspecto puramente biológico de sua mera completude ou perfeição genética, encravada na célebre "escada torcida em forma helicoidal." Nesta sede, onde pretensas concepções científicas e posturas racionais se confundem, menos no enunciado das teses contrastantes do que na profundidade das motivações inconscientes, com a adesão apaixonada das crenças religiosas, é preciso renunciar a toda busca de consenso e de pontos de vista comuns, até porque, como verdadeiros atos de fé, não se acomodam a testes de refutabilidade, nem prometem conclusões seguras para a solução da causa (2008, p. 488).

Para definir qual é o estatuto constitucional da proteção do embrião, nesse quadro, não é necessário disputar qual é o momento exato em que se inicia a vida, na medida em que por mais convergentes e sedutoras que sejam as proposições revestidas de aparente autoridade científica, esta é “seara de opiniões e teorias controversas, que, incapazes de ser refutadas, guardam o estatuto lógico das profissões de fé”, de forma que a decisão seria, muito provavelmente, arbitrária (2008, p. 489). Assim como defendeu o relator, o que importa, para o Ministro, é “saber se a ideia de que a vida tem início na fecundação, qualquer que seja o *locus* onde aconteça, é capaz de legitimar juízo de inconstitucionalidade da norma contestada, sob o fundamento e a inferência imediata de que [...] ofenderia o primado constitucional da tutela da vida humana” – resposta, para ele, negativa (2008, p. 490). O Ministro diverge do relator quanto à questão do *locus* da tutela do embrião humano – que, de acordo com o segundo, residiria no nível infraconstitucional:

o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada sua dignidade própria de matriz da vida humana. Noutras palavras, estou em que os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de retilínea imposição constitucional. E o fundamento intuitivo desta convicção é a dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), enquanto supremo valor ético e jurídico, de que, posto não cheguem a constituir equivalente moral de pessoa, compartilham os embriões na medida e na condição privilegiada de única matéria-prima capaz de, como prolongamento, reproduzir e multiplicar os seres humanos, perpetuando-lhes a espécie [...]. Nem todo tratamento ou destinação última de células embrionárias se harmonizam com o grau de valor ético e de tutela constitucional que se lhes devem reconhecer, assumindo, em algumas hipóteses, como as de clonagem, projetos eugênicos e engenharia genética, a natureza criminosa de severos atentados à dignidade humana, mas nelas não

contribuições de distintos matizes filosóficos (STANCIOLI, 2010, p. 27–8). Ver, por exemplo, a reconstrução histórico-filosófica do conceito de pessoa no direito ocidental em STANCIOLI, 2010, p. 27-96.

se pode incluir o descarte de embriões congelados. Por mais paradoxal que à primeira vista se revele, o raciocínio não sofre, porque em si o embrião, que não pode vindicar sequer expectativa de direito à vida, é deveras protegido pelo ordenamento jurídico, mas tal proteção lhe não assegura direito subjetivo de evoluir e de nascer (2008, p. 514-6).

Em qualquer caso, para o Ministro, se a lei subalterna não previsse estratégias eficazes para resguardo da dignidade imanente aos embriões, seria inconstitucional. Embora admita que não é possível, no âmbito da função jurisdicional, nem a criação de normas, nem tal extensão hermenêutica em matéria criminal, o Ministro julgou improcedente a ação, dando, no entanto, “interpretação conforme” para definir que os membros dos comitês estão obrigados a: a) revisar os protocolos de pesquisa, para os aprovar, até sob condições, ou não; b) acompanhar o desenvolvimento dos projetos; e c) submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte, na forma de lei.

O Ministro Marco Aurélio iniciou seu voto tecendo críticas à pretensão do Ministro Menezes Direito de prolação de acórdão com eficácia aditiva, em nome de dar “interpretação conforme a Constituição” à norma. Há, segundo ele, “risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo – contrariando e não protegendo a Constituição Federal – o papel de legislador positivo”: “a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso”, premissas que não se fazem presentes (2008, p. 538). Segundo o Ministro,

não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas, uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal, jamais presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja ao Poder Legislativo, seja ao Executivo, em substituição de todo extravagante (2008, p. 539).

Sobre a questão do início da vida, o Ministro Marco Aurélio apontou “não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa”, pois é possível adotar vários enfoques, como a concepção, a anidação, a formação das características pessoais do feto, os

primeiros movimentos percebidos, a viabilidade para a vida extrauterina e o nascimento⁸³ (2008, p. 541). Na parte dispositiva do voto, o Ministro acompanhou o relator, julgando totalmente improcedente o pedido formulado na inicial, assentando a harmonia do artigo 5º da lei atacada com a Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello apontou que o litígio não pode ser encarado como uma disputa entre poder religioso e poder secular, pois a laicidade do Estado é um princípio fundamental da ordem jurídica brasileira, que impõe a separação entre igrejas e Estado e também reconhece a todos plena liberdade de consciência, crença e culto (2008, p. 559). Nesse contexto,

considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal, proibido, ainda, ao Estado, o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos ou em razões de ordem confessional ou, ainda, em artigos de fé, sendo irrelevante – em face da exigência constitucional de laicidade do Estado – que se trate de dogmas consagrados por determinada religião considerada hegemônica no meio social, sob pena de concepções de certa denominação religiosa transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais (2008, 559-60).

⁸³ O Ministro teceu uma breve comparação entre a pesquisa com células-tronco embrionárias e a questão do aborto: “Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta – o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto – inconfundível com o embrião – sob o ângulo científico. Nessa perspectiva, a Suprema Corte americana, no controverso caso *Roe versus Wade*, decidido em 1973, estabeleceu que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo ocorrer até com vinte e quatro semanas. Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto. Vale frisar que esse precedente tornou irrelevante a discussão, na América, sobre a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida, havendo tão-somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo” (2008, p. 543). Em seguida, pontuou que “Se, de um lado, é possível dizer que a criminalização do aborto compele a grávida a gerar o filho concebido, concebido naturalmente mesmo contra a respectiva vontade, ficando com isso enfatizado na legislação de regência o interesse do nascituro –, de outro, não se pode imaginar estejam os fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides obrigados a dar conseqüências a esses atos, chegando a forçar a mulher a gerar todos os embriões fecundados artificialmente, potencializando, a mais não poder, o ato de vontade inicial. Caminhar em tal sentido – isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação – é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição. Em síntese, aqui não se trata de questionar a possibilidade de obrigar uma pessoa – a gestante – a ficar fisicamente conectada a outra, tema a ser discutido, sob o ângulo constitucional, oportunamente, mas de definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem – e devem ser – aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade” (2008, p. 548).

O Ministro Celso de Mello integrou o grupo de ministros que entendeu que o caso demandava reflexão – ainda que secularizada – sobre o momento de início da vida. No entanto, destacou que “vários podem ser os inícios da vida humana, tal seja a opção que se faça por qualquer das formulações teóricas ou teses que buscam estabelecer conceitos bioéticos sobre o início da vida individual”: há desde a tese genética (que vê na fertilização o início da vida) à tese ecológica (entre a 20ª e a 24ª semana de gestação, momento em que há viabilidade extrauterina), existindo, inclusive, com base na tese gradualista, quem afirme que a vida, enquanto processo, *não tem início* (2008, p. 571-2). Essas divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões (2008, p. 573). Segundo o Ministro, a Constituição proclama a inviolabilidade do direito à vida, mas nem veicula conceito normativo de vida humana, nem define o termo inicial ou o termo final de existência da pessoa humana; cabe, dessa forma, ao legislador ordinário dispor sobre essa questão (2008, p. 580), inclusive porque, conforme também lembrou em seu voto, ao longo do processo constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas Emendas para estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção – emendas que, no entanto, não foram aprovadas (2008, p. 589). Sobre o art. 4º, I da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que proclama a proteção da vida *em geral* desde a concepção, o Ministro lembrou o Caso “Baby Boy” (Resolução nº 23/81 – Caso 2141), em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos proclamou que o Pacto de San José da Costa Rica não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção (2008, p. 589). Encerrou seu voto *acompanhando integralmente* o voto do relator, Ministro Ayres Britto, que qualificou como “luminoso”.

O último voto foi proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que então presidia a corte. Repudiando a necessidade de discutir quando começa a vida, o Ministro, não obstante, amparado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entendeu que, em face da legislação comparada sobre o tema – que, segundo o Ministro, “é extremamente rigorosa e, portanto, responsável na regulamentação do tema das pesquisas científicas com embriões humanos” – “é impossível negar a deficiência da lei brasileira na regulamentação desse tema”, devendo-se “conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio [da] *responsabilidade*, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente” (2008, p. 624-9). Julgou, ao final, improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, desde que “interpretado” com efeito

aditivo⁸⁴ no sentido de que “a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde” (2008, p. 630).

Ao final, a ADI 3.510 foi julgada *totalmente improcedente* pelo Supremo Tribunal Federal, rejeitada a pretensão de inconstitucionalidade formulada pelo Procurador-Geral da República, pelos votos dos Ministros Ayres Britto (relator), Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os cinco demais Ministros consideraram a lei parcialmente inconstitucional: os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau acataram a tese da ação de violação da garantia do direito à vida e do atentado à dignidade humana; os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso⁸⁵ julgaram a lei parcialmente inconstitucional, porque entendiam necessária a atuação mais incisiva de órgãos de regulamentação das pesquisas.

5.2 ADPF 54 – STF e o aborto em caso de anencefalia fetal

Como relata Debora Diniz, a história do julgamento da inconstitucionalidade da interpretação de acordo com a qual o aborto de fetos anencefálicos é conduta tipificada pelo Código Penal começa nos anos 80, com a popularização das técnicas de diagnóstico fetal por

⁸⁴ Quando a ADI 3.510 foi julgada pelo STF, já havia sido proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) a ADPF 54, sobre o aborto em caso de anencefalia fetal. O Ministro Gilmar Mendes comparou o papel da corte nas duas ações, afirmando que “ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF n° 54, *atuar como verdadeiro legislador positivo*, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias” (2008, p. 629). Há, no entanto, uma diferença central entre ambas as ações. Uma coisa é, como no caso da ADPF 54, declarar parcialmente inconstitucional a norma, *diminuindo o âmbito de sua incidência*: a lei continua íntegra no ordenamento jurídico, e o tribunal, nessa hipótese, não “acrescenta uma excludente de punibilidade” à lei, senão *retira* do ordenamento uma hipótese punitiva *inconstitucional* (esse é o sentido de “acrescentar uma excludente”). A diferença está para além do jogo de palavras. O que o Ministro Gilmar Mendes pretendeu fazer em seu voto na ADI 3.510 foi *incluir* no ordenamento jurídico um requisito para as pesquisas com células-tronco embrionárias que não decorre diretamente nem da lei, nem da Constituição: nessa hipótese sim, caso acatada, o tribunal atuaria ilegitimamente como “legislador positivo”, criando direitos e obrigações com fruto em razões não jurídicas e discricionárias.

⁸⁵ Houve um debate sobre a natureza jurídica do voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso. O Ministro entendeu que seu voto era um voto pela *improcedência* da ADI 3.510, embora ele tenha dado “interpretação conforme” ao dispositivo impugnado para elaborar exigências de regulamentação das pesquisas não previstas em lei; conforme apontou o Ministro Celso de Mello, no entanto, o voto implicitamente aceitava parte da impugnação, na medida em que determina a imposição de restrições às pesquisas não previstas no texto original.

imagens – sem as quais a anencefalia só poderia ser conhecida após o parto (DINIZ, 2014, p. 164). Muitas mulheres procuravam o Judiciário em caso de diagnóstico de anencefalia fetal, mas a jurisprudência sobre a matéria oscilava e os processos judiciais muitas vezes perdiam o objeto, pois as decisões no Judiciário demoravam mais do que o tempo remanescente de gestação (DINIZ, 2003, p. 253–60). Após um processo de articulação nacional, a ADPF 54 foi proposta em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, representada pelo então advogado e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, com apoio técnico e institucional da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, que requereu na própria inicial sua admissão como *amicus curiae*. Conforme explica Debora Diniz, a imoralidade da interrupção da gestação está em geral fundamentada no pressuposto de que o feto, por estar vivo, seria pessoa, e, ao ser pessoa no sentido jurídico do termo, possuiria expectativas de direitos; em outras palavras, feto e pessoa são conceitos tradicionalmente intercambiáveis pelos que suportam a imoralidade do aborto (DINIZ, 2003, p. 19). Nesse quadro, a argumentação na ADPF 54 não se focou nos direitos reprodutivos das mulheres, mas na circunstância de que, no caso da anencefalia fetal, não se tratava de aborto em primeiro lugar, pois ali os conceitos tradicionalmente aplicados à controvérsia moral em torno da moralidade do aborto não resultam aplicáveis.

A primeira preocupação da petição inicial foi o de definir a anencefalia fetal, como a “má-formação congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico”, ressaltando a incompatibilidade total da anencefalia com a vida extrauterina, sobre a qual não há controvérsia na comunidade médica, a certeza do diagnóstico por ecografia e o perigo potencial da permanência do feto anômalo no útero da mãe, em razão do alto índice de óbito intrauterino desses fetos (2004, p. 6-7). Na inicial é defendida a tese de que a “antecipação terapêutica do parto” em caso de anencefalia não se confunde com o aborto, que só existe quando a morte do feto é produto direto dos meios abortivos; além disso, a autora aponta que o Código Penal apenas não prevê expressamente a hipótese enquanto excludente de punibilidade porque quando editado o Código Penal, em 1940, a tecnologia existente não possibilitava a certeza do diagnóstico de anencefalia tal como atualmente. O propósito da ação que o STF desse “interpretação conforme a Constituição”⁸⁶ aos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal,

⁸⁶ Entendo que, tecnicamente, é mais adequado deduzir a pretensão formulada pela CNTS enquanto pedido de “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”. Conforme explica o Professor Emílio Peluso Neder Meyer, “contrariamente ao que se dá na *interpretação conforme*, na *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto* o órgão judicial provê o pedido de inconstitucionalidade, ou seja, reconhece que há

explicitando que eles não se aplicam aos casos de gestação de fetos anencefálicos, sob pena de violação dos princípios da *dignidade da pessoa humana*, do direito de *liberdade* e do direito à *saúde*.

O Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, apresentou parecer pelo indeferimento do pleito. Segundo ele, a lei não abre espaço para interpretação conforme dos dispositivos impugnados, posto que eles comportam sentido unívoco de que apenas em caso de risco de morte para a mãe ou em caso de estupro o aborto não é punido no Brasil (2004, p. 212-4). Adicionou que, se vingasse a tese da autora, estaria “sacrificado o direito à vida”, “marco primeiro dos direitos fundamentais”, na medida em que, embora inexista possibilidade de vida extrauterina, *há, sim, vida intrauterina*, que deve ser preservada, segundo o Procurador, mesmo que à revelia da mãe – conforme corroborado pelo art. 2º do Código Civil e pelo artigo 4.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (2004, p. 215-6). Segundo o Procurador, o direito à vida (desde a concepção) não pode se medir pelo tempo de sobrevivência possível, pois é atemporal; nesse quadro, na medida em que “não são todas as gestantes que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano, que existe em seus ventres maternos”, o direito à vida desde a concepção sobrepuja o direito da gestante de não sentir dor, pois essa dor não será partilhada por todas as gestantes, *ao passo em que todos os fetos anencefálicos terão suprimidas as suas vidas*⁸⁷ (2004, p. 217). O PGR adicionou que o pleito da autora vai na contramão da construção de uma sociedade solidária, na medida em que os órgãos de um feto anencefálico podem ser doados, pugnando, evidentemente, pela improcedência da ADPF.

Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio, afastou inicialmente que o STF estaria julgando a descriminalização do aborto, na medida em que o pleito se referia não à proclamação de inconstitucionalidade abstrata dos tipos penais, o que os retiraria do sistema jurídico, mas tão somente que os enunciados sejam interpretados conforme à Constituição (2012, p. 33). Segundo o Ministro, embora inescapável o confronto entre os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer, no pleito, que

inconstitucionalidade, ainda que parcial, da norma impugnada, porque aplicada a certas situações. Trata-se de declaração ‘qualitativa’ de inconstitucionalidade só no que diz respeito a algumas pessoas ou situações” (MEYER, 2008, p. 403) – o que é exatamente a pretensão formulada na inicial. Na “interpretação conforme a Constituição”, por outro lado, o órgão judicial “deixa de pronunciar a inconstitucionalidade da norma no momento em que lhe atribui uma interpretação consentânea com o conteúdo jurídico da Constituição, salvando-lhe da expulsão do ordenamento jurídico” (MEYER, 2008, p. 399); a decisão, nesse caso, é de declaração da *constitucionalidade* da norma.

⁸⁷ Estranhamente, neste ponto da argumentação, o Procurador-Geral da República parece presumir que a ação tinha por objeto impor a toda e qualquer gestante a obrigação de abortar, em caso de anencefalia fetal.

envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente (2012, p. 34). Em seguida, o Ministro dispensou diversas páginas acerca da laicidade do Estado, defendendo que as religiões não podem guiar a interpretação Estatal dos direitos fundamentais:

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução [...] A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. (2012, p. 43).

Em seguida, o Ministro tratou do conceito de anencefalia e da certeza do seu diagnóstico, a partir de dados trazidos por muitos dos médicos que participaram da ação, em audiência pública. Segundo ele, deve ser repudiada a afirmação de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo é aborto eugênico, entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas, pois o anencéfalo é um natimorto, sem vida em potencial: “logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos” (2012, p. 48). O Ministro recuperou a jurisprudência firmada na ADI 3.510, no sentido de que não há tutela em seio estritamente constitucional para a vida humana pré-natal, afirmando que

este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’”. É certo, Senhor Presidente, que, no caso do anencéfalo, não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa. No segundo trecho, este Tribunal assentou que “a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. Ora, inexistindo potencialidade para tornar-se pessoa humana, não surge justificativa para a tutela jurídico-penal, com maior razão quando

eventual tutela esbarra em direitos fundamentais da mulher, como se verá adiante (2012, p. 58).

Quando passou a tratar especificamente dos direitos das mulheres, o Ministro lembrou a definição de saúde firmada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que, no preâmbulo de seu ato fundador, de 1946, definiu-a como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”, bem como o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos na Conferência Mundial sobre população e desenvolvimento do Cairo, de 1994. Lembrou que, do ponto de vista da saúde da mulher, *toda gestação gera riscos*, bem como que, a despeito da existência de divergência científica sobre o assunto, há indícios que apontam que a gestação de fetos anencefálicos é *ainda mais arriscada*; sob o ponto de vista psíquico, afirmou ser inequívoco que a gravidez de feto anencefálico pode conduzir a um quadro devastador⁸⁸(2012, p. 60-2). Sobre a objeção formulada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, no sentido de que pode haver dor decorrente do sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto, o Ministro ressaltou que “cabe à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez [...], em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade”, para decidir se quer ou não levar a gestação adiante, pois “ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for” (2012, p. 66). Segundo o Ministro,

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que “se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças”. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento. Conforme bem enfatizado pelo Dr. Mário Ghisi, representante do Ministério Público na audiência pública, “é constrangedora a ideia de outrem decidir por

⁸⁸ O Ministro colacionou depoimentos de mulheres beneficiadas pela decisão liminar, que optaram por antecipar o parto e se manifestaram na audiência pública: “Para Érica, continuar a gravidez “seria muito mais sofrimento. Minha barriga estaria crescendo, eu sentindo tudo e, no final, eu não ia tê-lo”. Nas palavras de Camila, “o pior era olhar no espelho e ver aquela barriga, que não ia ter filho nenhum dela. Ela mexendo me perturbava muito. O meu maior medo era o de ter que levar mais quatro meses de gravidez, registrar, fazer certidão de óbito e enterrar horas depois de nascer”. A antecipação do parto, disse Camila, “foi como se tirassem um peso muito grande das minhas costas; como se tivessem tirado com a mão o peso; parecia que eu estava carregando o mundo dentro de mim”. Michele afirmou que, ao decidir interromper a gestação, nada mais fez do que “acquietar aquilo que estava se passando” (2008, p. 63).

mim, no extremo do meu sofrimento, por valores que não adoto. É constrangedor para os direitos humanos que o Estado se imiscua no âmago da intimidade do lar para decretar-lhe condutas que torturam (2012, p. 67).

O Ministro julgou totalmente procedentes os pedidos formulados na inicial, afirmando que, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que para ele é inadmissível – tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, *caput* e incisos II, III e X, e 6º, *caput*, da Constituição (2012, p. 69).

Votou, em seguida, a Ministra Rosa Weber, que iniciou seu voto discorrendo sobre a plurivocidade do conceito de “vida” – que não traz qualquer essência em si – e afirmando que pressupor o contrário seria basear-se em um pressuposto dogmático ou autoridade transcendente inquestionável, o que não é científico nem democrático (2012, p. 102). Segundo a Ministra, os conceitos, institutos e princípios jurídicos têm a função de informar sobre “quais são as ações viabilizadas institucionalmente aos indivíduos que convivem em uma sociedade concreta (em outras palavras, o Direito diz ao indivíduo se uma ação é proibida, obrigatória, permitida em sua realização ou permitida em sua omissão)”; o conhecimento jurídico é independente, de tal forma que “o conceito de vida no Direito há de ser discutido de acordo com sua significação própria no âmbito da dogmática jurídica, da legislação e da jurisprudência” (2012, p. 103-4). No entanto, a despeito dessa introdução, a Ministra expõe longamente a metodologia que adotará para sopesar “o direito de cunho protetivo da mulher” e “o direito defensivo do feto”, ignorando a decisão já tomada na ADI 3.510 no sentido de que a Constituição não protege diretamente a vida humana pré-natal, embora a legislação ordinária esteja livre para proteger o feto em seus estritos limites⁸⁹. De qualquer forma, decidiu a Ministra pela *procedência* da ADPF, afirmando que

Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental. [...] Enfatize-se que a compreensão que se está a esposar em absoluto implica

⁸⁹ Em última instância, nos termos da jurisprudência do STF, não cabe “ponderação” entre os “direitos do feto” e os “direitos da gestante”, mas cabe verificar se eventual medida infraconstitucional de tutela do feto viola ou não os direitos da gestante: numa análise que leve a sério a integridade do direito (Dworkin), a menos que haja uma diferença substancial entre a ADI 3.510 e a ADPF 54, que legitime um tratamento diferenciado, devidamente fundamentado, a ser aplicado no segundo caso (em um juízo que se aproxima da técnica do *distiguishing*, da *common law*) – ou, por outro lado, a menos que se forme um juízo coerente acerca da necessidade de superação da então recentíssima jurisprudência firmada na ADI 3.510 (em um juízo que se aproxima da técnica de *overruling*, também do direito consuetudinário) (cf. NUNES *et al.*, 2011, p. 647) – deve ser oferecido tratamento igualitário aos casos.

prejuízo às gestantes que, em tais circunstâncias adversas, optarem por dar à luz, pois o que se está a preservar é a liberdade de escolha. [...] A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de liberdade, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988 (2012, p. 135).

Na continuação, manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa, que, em breve voto, também deu provimento ao pedido, ressaltando que o caso em questão cuida da tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extrauterina é absolutamente inviável (2008, p. 147). Segundo o Ministro, há legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher, pois os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal (2012, p. 150). Com base em razões semelhantes, o Ministro Luiz Fux votou pela procedência da inicial. Na sequência, a Ministra Carmen Lúcia iniciou seu voto, desde logo equacionando a questão em apreço como um “conflito entre o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade”, a ser resolvido com base na ponderação de bens jurídicos tutelados (2012, p. 181) – ignorando, assim como a Ministra Rosa Weber, a jurisprudência anteriormente firmada pelo STF na ADI 3.510 quanto à ausência de proteção constitucional do feto, seja para demarcar a diferença entre ambos os casos, seja para superar justificadamente a decisão ali tomada.

Não deixa de ser irônica a circunstância de que, após equacionar a *quaestio iuris* ignorando completamente a jurisprudência do STF firmada quatro anos antes, ato contínuo, parágrafo seguinte, a Ministra passe a citar as lições de Ronald Dworkin em “Uma questão de princípio” (2005), extraídas *precisamente* do capítulo 6, “De que forma o Direito se assemelha à literatura?” (p. 217–49) – em que o jurista estadunidense constrói sua argumentação partindo do pressuposto de que levar a sério a história institucional na interpretação jurídica é uma exigência de moralidade política imposta ao Poder Judiciário. Citamos, a Ministra Carmen Lúcia e eu: “sabemos, a partir do raciocínio equivalente na literatura, que essa descrição geral

da interpretação no Direito não é uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal o que for que pensa que deveria estar lá”; e ainda: “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica em que se encontra, não inventar uma história melhor” (DWORKIN, 2005, p. 239–40). A noção de Direito como *integridade* não só é fulcral na obra de Dworkin, como é simbioticamente inseparável da justificação normativa que o autor oferece para a própria legitimidade democrática da atuação “contramajoritária” das cortes constitucionais em primeiro lugar⁹⁰. A Ministra Carmen Lúcia, não obstante, votou pela procedência do pedido formulado na inicial, pois “a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida”; respeitado o direito daquela que deseja levar a termo a gestação, a Ministra aponta que o respeito a esta ou a outra escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana (2012, p. 235).

O Ministro Ricardo Lewandowski inaugurou a divergência no STF. O Ministro não reconheceu, em seu voto, a terminologia “antecipação terapêutica do parto”; segundo ele, caso o desejasse, o Congresso Nacional poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o “aborto eugênico” dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição; no entanto, “até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação”⁹¹ (2012, p. 241). Segundo o Ministro, há outras normas protetivas do nascituro

⁹⁰ Conforme Dworkin explica em “Levando os direitos a sério” (2010), “argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, uma estratégia politicamente responsável para atingir um objetivo político não precisa tratar todos os indivíduos da mesma maneira; os argumentos de princípio, por outro lado, justificam uma decisão política mostrando que ela respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo (DWORKIN, 2010, p. 129). Caso se trate de um argumento de princípio, *a aplicação do princípio que se toma por base deve ser coerente (todos os casos devem ser tratados com igualdade); deve ser possível demonstrar que o princípio em questão é compatível com decisões anteriores que não foram refeitas e com decisões que a instituição está preparada para tomar em situações hipotéticas* (DWORKIN, 2010, pp. 138-139). Os juízes estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que afirma que devem ser tomadas somente as decisões que possam ser justificadas no âmbito de uma teoria política que justifique também outras decisões que eles se propõem a tomar; a doutrina condena as decisões que parecem certas isoladamente, mas que não participam de uma teoria abrangente dos princípios que seja compatível com as outras decisões consideradas certas (DWORKIN, 2010, p. 137). *Se há uma diferença entre dois casos, essa diferença deve poder ser incorporada em alguma teoria política geral*. Em um discurso de aplicação jurídica, não há espaço para que se sustente a solução diferenciada com base em argumentos casuísticos, pois o que está em jogo é um direito geral, não a adequação de meios a fins.

⁹¹ O tema da *integridade* do Direito merece aqui ser retomado. No julgamento da ADI 3.510 o ministro Lewandowski votou pela prolação de um acórdão com eficácia *aditiva* para incluir requisitos para a pesquisa com células-tronco embrionárias que os “legítimos representantes da soberania popular” houveram por bem não incluir; aqui, em sentido contrário, é devida toda a deferência ao legislativo enquanto único órgão capaz de decidir pela não aplicação da lei penal em caso de anencefalia fetal. Ora, qual teoria política informa a atuação do Ministro? O STF pode ou não pode decidir, com eficácia vinculante, contra decisões (ou omissões) prévias do Legislativo, e

anencefálico para além do Código Penal, e elas também deveriam ser declaradas inconstitucionais para que pudesse prevalecer a demanda da autora – como se o art. 2º do Código Civil, por ele utilizado na sua exemplificação, ao “colocar a salvo os direitos do nascituro”, se prestasse a, para além do Código Penal, também proibir o aborto salvo expressa autorização legal (2012, p. 248). Ao fim, considerando que “a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal”, o que implicaria usurpar “competência privativa do Congresso Nacional”, o Ministro julgou improcedente o pedido (2012, p. 252).

O Ministro Ayres Britto teceu seu voto pela *procedência* dos pedidos da autora em poucas laudas. Defendeu a legitimidade da técnica da “interpretação conforme”, lembrou a jurisprudência do STF no sentido de que a Constituição nada diz sobre o início da vida (bem como que, nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, houve uma proposta de definir o início da vida na Constituição, mas foi rejeitada), e defendeu a *atipicidade* da conduta de abortar feto anencefálico, pois não há vida em potencial a ser protegida pela norma – afirmando, *ad argumentandum tantum*, que mesmo que fosse típica a conduta, ainda prevaleceria o direito da mulher de interromper a gestação (2012, p. 255-67).

O Ministro Gilmar Mendes, após uma detalhada exposição da questão do direito ao aborto no direito e na jurisprudência constitucional comparada, começou seu voto repudiando a tese da *atipicidade* da conduta de aborto de feto anencefálico, ante a ausência de consenso sobre a matéria e ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro; também repudiou “tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana [...], visto que, conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão, também o nascituro deve ser protegido por essa cláusula constitucional” (2012, p. 288). O Ministro adicionou não se impressionar com o argumento pragmático de que o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública, pois “questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático” (2012, p. 289).

em que hipóteses? Ministros do Supremo Tribunal Federal, que não têm mandato eletivo e não exercem representação política, não podem decidir processos judiciais casuisticamente, segundo os ditames suas convicções pessoais. Remeto o leitor à nota acima: se na ADI 3.510 não havia limite para a técnica da “interpretação conforme”, agora, para o Ministro, por meio dela “não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele”, pois, “como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno” (2012, p. 244-5).

Segundo Gilmar, “os fundamentos trazidos na inicial relativos à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde não são aptos, *concessa venia*, para desconstruir uma opção política do legislador que, *prima facie*, contempla esses mesmos valores, todavia, em perspectiva distinta da veiculada na inicial” (2012, p. 290). Segundo o Ministro,

Dos fundamentos que compõem a causa de pedir da presente ADPF, resta analisar aquele referente à necessidade de se conferir ao conjunto normativo do Código Penal transcrito acima uma interpretação evolutiva. Isso porque a parte especial do Código é de 1940, momento em que ainda não se vislumbrava possível diagnosticar a anencefalia fetal. O aborto dos fetos anencéfalos apenas aparentemente é uma questão capaz de gerar desacordo moral razoável, ao contrário do que pode ocorrer com o aborto puro e simples. Isso fica evidente ao se constatar que, desde 1940, o ordenamento jurídico brasileiro convive com duas hipóteses de aborto permitidas pela legislação (art. 128, I e II, CP). Significa dizer que a interrupção antecipada da gravidez não é algo completamente estranho à sociedade plural brasileira. [...] Com efeito, é possível aferir um norte interpretativo a partir das próprias opções do legislador, que transitam entre o estado de necessidade e a inexigibilidade de conduta diversa (2012, p. 291-2).

Para o Ministro, a hipótese de aborto de feto anencefálico se assemelha, “em sua estrutura lógico-funcional”, à hipótese de aborto em caso de estupro, pois “a principal intenção da norma é também a proteção da saúde psíquica da gestante, com a relevante distinção de que, neste último caso, permite-se a prática do aborto ainda que o feto seja saudável”; nesse quadro, “interpretação evolutiva sugerida pela inicial, destarte, demanda exegese construtiva do Tribunal, ante o surgimento de novo contexto fático-jurídico, bastante distinto daquele em que se deu a edição da parte especial do Código Penal” (2012, p. 292). Segundo o Ministro, não é o caso de comparar os danos psíquicos decorrentes de uma gestação proveniente de estupro e em caso de anencefalia; no entanto, no primeiro caso, a legislação não pune o aborto de um feto saudável, “ao passo que a mesma legislação ainda não disciplinou o aborto dos fetos anencéfalos, em que também há o dano psíquico à gestante, aliado à inviabilidade quase certa da vida extrauterina do feto” (2012, p. 294). Nesse quadro, o aborto de fetos anencefálicos está, para o Ministro, compreendido nas causas excludentes de ilicitude já previstas no Código Penal, mas, como era inimaginável em 1940, essa “pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição” (2012, p. 295). O Ministro votou pela procedência da ADPF para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que “não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente”, afirmando que não se trata da atipicidade do fato, mas de uma decisão de caráter “aditivo”, por meio da qual a corte

criará uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto – o que não afasta a legalidade estrita que rege o Direito Penal porque se trata de “decisão interpretativa com efeitos aditivos *in bonam partem*”, resguardada, em qualquer caso, a possibilidade de que o Legislativo discipline a matéria com desejar (2012, p. 302-7).

O Ministro Celso de Mello iniciou seu voto chamando atenção para a magnitude da discussão, que envolve valores fundados nos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres (“entre os quais se acham o de praticar, sob determinadas condições, o aborto seguro, o de controlar a própria fecundidade e o de decidir, de forma livre, autônoma e responsável, sobre questões atinentes à sua sexualidade”), que, segundo ele, representam projeção expressiva dos direitos humanos reconhecidos, às mulheres, pelas sucessivas Conferências internacionais promovidas pela ONU na década de 90, em especial a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993, a Conferência de Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, realizada em Pequim (2012, p. 317-8). O Ministro foi um dos poucos a chamar atenção para o fato de que o julgamento está conectado com sucessivas gerações de lutas feministas pela igualdade de gênero:

O longo itinerário histórico percorrido pelo movimento feminista, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o elevado propósito de repudiar práticas sociais *que injustamente subjugavam* a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, *por legítimo direito de conquista*. O movimento feminista – que fez instaurar um processo de inegável transformação de nossas instituições sociais – buscou, na perspectiva concreta de seus grandes objetivos, estabelecer um novo paradigma cultural, caracterizado pelo reconhecimento e pela afirmação, em favor das mulheres, *da posse de direitos básicos* fundados na essencial igualdade entre os gêneros. [...] Notadamente a partir da década de 1960, verificou-se um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da mulher, registrando-se, no contexto desse processo histórico, uma sensível evolução na abordagem das questões de gênero, de que resultou, em função de um incessante movimento de caráter dialético, a superação de velhos preconceitos culturais e sociais que impunham, arbitrariamente, à mulher, mediante incompreensível resistência de natureza ideológica, um inaceitável tratamento discriminatório e excludente, que lhe negava a possibilidade de protagonizar, como ator relevante, e fora do espaço doméstico, os papéis que, até então, lhe haviam sido recusados (2012, p. 319-323).

O Ministro lembrou que a Constituição brasileira proclama a inviolabilidade do direito à vida, mas não veicula qualquer conceito normativo de vida humana, nem define o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana (2012, p. 349). Segundo o Ministro, o direito à vida admite a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte

do Estado, considerada a circunstância de que “se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por mulheres grávidas de fetos portadores de anencefalia, cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico – da interrupção da gestação” (2012, p. 352). O Ministro lembrou que ao longo do processo constituinte, foram oferecidas diversas emendas para estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, mas tais emendas não lograram aprovação, como se vê nos Anais da Assembleia Nacional Constituinte e no próprio texto inscrito no “caput” do art. 5º da Constituição (2012, p. 353). Sobre o Pacto de San José da Costa Rica, lembrou novamente o caso “Baby Boy”, em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou que o Pacto não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção (2012, p. 354).

O Ministro Celso de Mello defendeu então, ao contrário do Ministro Gilmar Mendes, que o aborto de feto anencefálico não é punível, por “absoluta impropriedade do objeto material”⁹², “eis que inexistente organismo cuja integridade deva ser protegida pela legislação penal, pois, segundo o Conselho Federal de Medicina, o anencéfalo qualifica-se como ‘natimorto cerebral’” (2012, p. 355). Trata-se de hipótese de atipicidade penal que deve ser declarada pelo Tribunal. Além de atípica a conduta, trata-se também de hipótese caracterizadora de inexigibilidade de conduta diversa, “uma vez que inexistente, em tal contexto, motivo racional, justo e legítimo que possa obrigar a mulher a prolongar, inutilmente, a gestação e a expor-se a desnecessário sofrimento físico e/ou psíquico, com grave dano à sua saúde” (2012, p. 358). O Ministro destacou o papel contramajoritário do STF na defesa de liberdades, para proteção de minorias e dos grupos vulneráveis, julgando procedente a ADPF “para confirmar o pleno direito da mulher gestante de interromper a gravidez de feto comprovadamente portador de anencefalia” (2012, p. 365).

O Ministro Cezar Peluso, então presidente do STF, votou por último. Assinalou que *vida* deve ser entendida como processo, que “não constitui criação artificial da ciência jurídica, senão realidade pré-jurídica de que, para efeito de valorações normativas fundamentais, se apropria o Direito”; “na condição de objeto de privilegiada tutela constitucional, não é lícito ao

⁹² A “absoluta impropriedade do objeto” é uma causa de exclusão de tipicidade do delito prevista no art. 17 do Código Penal, de acordo com o qual “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”. O objeto material do crime é a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta típica. Num caso de homicídio, por exemplo, considera-se impossível por absoluta impropriedade do objeto a tentativa de matar pessoa que já está morta. Segundo o Ministro, considerando que o feto anencefálico é considerado pelo CFM um “natimorto cerebral”, ele é objeto material absolutamente impróprio para a configuração do crime de aborto.

ordenamento subalterno operar, a respeito, mediante a técnica de ficção, lícita em si mesma, para negar-lhe a realidade autônoma perceptível fora do mundo jurídico” (2012, p. 378).

Segundo o Ministro,

Em palavras mais diretas, não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação. Sustento, agora, que todos os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente (2012, p. 378).

Segundo o Ministro, “não obstante vozes respeitáveis defendam que ‘o aborto pressupõe uma potencialidade de vida’ fora do útero, para que se possa ter por configurado o aborto como crime basta, a meu juízo, a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto a sua viabilidade futura ou extrauterina”: a conduta “transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico” (2012, p. 383).

É que, nessa postura dogmática, ao feto, reduzido, no fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas. Essa forma odiosa de discriminação, que a tanto equivale, nas suas conseqüências, a formulação criticada, em nada difere do racismo, do sexismo e do chamado especismo. Todos esses casos retratam a absurda defesa e absolvição do uso injusto da superioridade de alguns (em regra, brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos) sobre outros (negros, judeus, mulheres e animais, respectivamente). No caso do extermínio do anencéfalo, encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda a força, inflige a pena de morte ao incapaz de pressentir a agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa. Mas o simples e decisivo fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à imprevisível espécie humana garante-lhe, em nossa ordem jurídica, apesar da deficiência ou mutilação - apresentada, para induzir horror e atrair adesão irrefletida à proposta de extermínio, sob as vestes de monstruosidade -, que lhe não rouba a inata dignidade humana, nem o transforma em coisa ou objeto material desvalioso ao juízo do Direito e da Constituição da República (2012, p. 384).

Segundo o Ministro, é “mal-avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado”, pois há “agressão ao valor constitucional da vida humana”, sendo *ofuscante* a tipicidade da conduta (2012, p. 385).

O Ministro defendeu que a vida intrauterina possui “dignidade constitucional plena”. Segundo ele,

ninguém admitiria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que, afinal, têm, de igual modo, pouca expectativa de vida) com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica, ou qualquer outro título pseudojurídico que se lhe atribua ao desagradável estado de espírito a respeito. Ninguém tem dúvida de que, sem surpresa nem espanto, o ato seria punido como homicídio ou infanticídio. Que estranha e repulsiva lógica tornaria, então, admissível o mesmíssimo procedimento agressivo, agora direcionado contra a vida intrauterina? Ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade” (2012, p. 387).

O Ministro Cezar Peluso afirmou que a aprovação da possibilidade de aborto de fetos anencefálicos representaria risco de surgimento de práticas de eugenia⁹³ e eutanásia, fazendo uma comparação entre o feto anencefálico e a pessoa com deficiência: segundo ele, o feto goza do “mesmíssimo status de proteção que qualquer outro ser humano, seja, este, feto sem deformidade, criança ou adulto, ainda quando, por causa física ou psíquica, sejam desprovidos de todas as faculdades mentais”, pois “a vida intrauterina não pode, na ordem jurídica, ser classificada, para efeito de tutela, numa categoria axiológica inferior em relação à vida fora do útero” (2012, p. 393). Adicionou que é imprópria a analogia entre a obrigatoriedade da gestação de fetos anencefálicos com a tortura, por ausência de sofrimento *injusto* – que, segundo ele, é o único apreciável: mesmo que ninguém ignore a imensa dor da mãe que carrega, no ventre, um ser cuja probabilidade de sobrevida é “incerta” [sic], a questão é saber se “essa carga compreensível de sofrimento ou dor, refletida na saúde física, mental e social da mulher, associada à liberdade de escolha, comporia razão convincente para autorizar a aniquilação do feto anencéfalo” (2012, p. 403). Segundo o Ministro, só há tortura se a situação pode ser evitada, mas, neste caso, ela não pode ser *legalmente* evitada: “de tortura, escusaria dizê-lo, só se pode cogitar com seriedade, quando algum sofrimento injusto e intencional possa ser esquivado de maneira compatível com o ordenamento jurídico”, o que, na hipótese, esbarra na vedação legal⁹⁴

⁹³ Ao contrário do que dispuseram em audiência pública a maior parte dos especialistas convidados, acerca da *certeza* do diagnóstico de anencefalia fetal e do fato de que o SUS está equipado para fazer esse tipo de diagnóstico, o Ministro apontou que existem dificuldades de diagnóstico que acentuam o risco de *aborto eugênico*.

⁹⁴ Nesse ponto, o raciocínio do Ministro Cezar Peluso tem dois problemas principais. Em primeiro lugar, a ADPF 54 se desenvolve em dois planos: no plano da legalidade, da dogmática penal, estudava-se a possibilidade de enquadramento do aborto de feto anencefálico nos tipos penais que abstratamente criminalizam o aborto nos termos da lei (em face da possibilidade de o crime ser considerado impossível ou a conduta atípica); mesmo em se considerando *legalmente possível* uma tal subsunção do aborto de fetos anencefálicos aos tipos que criminalizam o aborto, subsistiria, no plano da constitucionalidade, a discussão acerca da *validade* de uma tal interpretação em face da Constituição. O Ministro defendeu a constitucionalidade da interpretação impugnada em face da vedação constitucional da tortura com fundamento no fato de que uma tal situação de tortura não poderia ser *legalmente* evitada, ou seja, na própria constitucionalidade da interpretação impugnada – um argumento tautológico. Além disso, se a definição do que pode ou não pode ser considerado tortura, para fins de aplicação da Constituição, está na *legalidade*, o Ministro está sugerindo que a Constituição deve ser interpretada à luz da legislação ordinária – a

(do crime de aborto, sem previsão de excludente), e constitucionais, como o chamado direito à vida e a dignidade humana do feto (2012, p. 403-4). Além disso, não há, para o Ministro, imposição de sofrimento *intencional* por parte do Estado, pois o sofrimento decorre “da responsabilidade exclusiva da conjugação de ato livre dos particulares e de ulterior acaso biológico”, pois “a natureza não tortura”: “o sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana” (2012, p. 404). Nesse quadro,

só cegueira passional não percebe que o sistema jurídico se defronta, de maneira inexorável, com tensa relação entre dois valores de pesos axiológicos muito diversos, perante os quais ao intérprete não sobra alternativa de escolha hermenêutica, quaisquer que sejam os princípios ou postulados dogmáticos a que recorra. Noutras palavras, trata-se de ver, logo, que a vida humana, hospedada na carne frágil de feto imperfeito, não pode, a despeito da fortuita imperfeição que lhe não subtrai a dignidade jurídica imanente, ser destruída a *forceps* para satisfazer sentimento, quase sempre transitório, de frustração e de insuportabilidade personalíssima de uma dor ainda que legítima. Não há, nesse esquema de ponderação de bens tão manifestamente desproporcionais, critério algum capaz de equilibrar ou compensar valores jurídicos díspares, nem de *justi-ficar*, isto é, tornar justo o sacrifício desnecessário da vida em nome da tutela de sentimento cujo objeto é apenas livrar-se de uma dor sem culpa, que não é justa nem injusta, mas apenas humana (2012, p. 409).

Segundo o Ministro, é a *legalidade*, não a Constituição, que contém os limites para a construção jurídica da justiça: se há injustiça na gestação de um feto anencefálico, ela não provém, segundo o Ministro, do Direito que proíbe o aborto, mas “terá sido causada e só pode ser explicada em outros planos, místicos ou esotéricos” (2012, p. 409). O Ministro afirmou que “cabe apenas ao legislador, nos limites constitucionais de sua competência, descaracterizar tipicidades e instituir excludentes de punibilidade”, pois não se pode pedir ao STF que atue indevidamente como legislador positivo, “quando carece de legitimidade e competência”⁹⁵. Afirmando, ao final, que não se pode incluir dentre os “direitos sexuais e reprodutivos” o

despeito da longa crítica ao emprego dessa técnica feita em seu voto na ADI 3.510, que transcrevemos na nota de rodapé nº 81 supra.

⁹⁵ Novamente, surge aqui o tema da *integridade* do Direito. Na ADI 3.510, o Ministro Cezar Peluso pretendeu dar “interpretação conforme” à Lei de Biossegurança para impor uma série de obrigações adicionais para a realização de pesquisa com células tronco, nenhuma delas prevista em lei. Para além do fato de que na ADPF 54 se trata de *considerável menor interferência* na atividade legislativa – pois aqui se pede uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, mera redução do âmbito de abrangência da norma, quando na ADI 3.510 o Ministro pretendia efetivamente elaborar restrições à pesquisa com células tronco não decorrentes diretamente nem da lei nem da Constituição – é de se perguntar: o STF pode ou não pode prolatar decisões de caráter aditivo? Qual é a teoria política adotada quanto uma tal decisão é demandada do tribunal? Quais são as exceções? É democraticamente inadmissível que um mesmo Ministro adote, ao seu bel-prazer, uma ou outra teoria antagônica a cada caso, conforme a conveniência para a fundamentação da solução que lhe pareça mais aprazível. Enquanto tribunal constitucional, o STF deve se orientar, em suas decisões, não pelas vontades não sufragadas de seus Ministros, mas por um Direito Constitucional que, ainda que interpretado construtivamente, pressupõe-se ser o mesmo para todos.

“reconhecimento da existência de poder absoluto de eliminar a vida intrauterina”, pois isso tem por consequência a “completa reificação do conceito, transformado em mero objeto disponível, sem nenhuma dignidade jurídica”, o Ministro votou pela *improcedência* da ADPF.

Ao final, o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator) – que julgava totalmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal – foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello julgaram procedente a ADPF, mas ficaram vencidos quanto à necessidade de acrescentar critérios para diagnóstico de anencefalia. Vencidos os votos contrários do Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro Cezar Peluso.

6. Da metáfora à metonímia: “vida”, embrião, feto e sujeito na Constituição

Os debates sobre o direito ao aborto e sobre a proteção do feto são precipuamente articulados ao redor de dois eixos discursivos principais. Por um lado, discursos metafóricos apontam similaridades e equivalências para forjar conexões de identidade entre o embrião/feto e todas as demais pessoas. Assim, em maior ou menor medida, a identidade genética do embrião é tomada abstratamente, a despeito de qualquer diferença mais ou menos evidente, como elemento suficiente para que ele seja considerado idêntico a todos as demais pessoas, em todos os seus direitos, faculdades e capacidades. Por outro lado, um eixo metonímico aponta para a contextualização e para a diferença, afirmando que o início da vida é uma questão moral, filosófica, histórica e médica complexa que não comporta soluções definitivas. Assim, em que pese o embrião não equivalha a uma coisa, merecendo algum grau de tutela do ordenamento jurídico, sua mera autonomia genética não é suficiente para que aos seus presumidos interesses seja dado o mesmo grau de importância oferecido para os direitos da mulher – essa sim uma pessoa já formada e dotada de biografia própria, merecedora de toda a proteção estatal da sua autonomia, segurança e saúde.

Esses discursos são articulados em dois níveis. Algumas vezes, aparecem como discursos sobre o início da vida. Nos extremos, um dos lados acredita que o feto humano já é uma criança não nascida a partir do momento da concepção; o outro aponta que a questão é complexa, que não há argumentos laicos definitivos que possam ser encontrados e que uma

decisão única sobre o assunto não pode ser imposta ao sacrifício de direitos fundamentais. Em outro nível, os discursos são articulados nos termos do direito: não se trata mais de saber exatamente quando a vida começa, mas sim de definir de que forma a proteção do embrião e do feto se expressa na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos. No eixo metafórico, que aponta a identidade absoluta entre embrião e pessoa, muitas vezes ambos os níveis se confundem: a hipótese de que o embrião e o feto são sujeitos de direitos constitucionais e humanos é apresentada como uma consequência autoevidente do fato de que a vida humana se inicia na concepção. Não obstante, as questões se intersectam, mas não se confundem: a afirmação de um ou de outro conceito sobre o início da vida não traz, por si só, nenhuma consequência jurídica para além das decorrentes do modo com que a questão é delineada pelo direito.

Um dado interessante sobre os debates legislativos sobre direitos sexuais e reprodutivos é que eles são articulados por grupos mais conservadores, quase em sua totalidade, apenas em relação à necessidade percebida de proteção do feto e do embrião. Embora, evidentemente, subjacentes a esses posicionamentos muitas vezes estejam concepções de matriz religiosa no sentido de que gestação e trabalho reprodutivo são destinos inexoráveis da mulher, em função de seu equipamento biológico⁹⁶, considerações sobre o papel da mulher na sociedade muito raramente são articuladas de modo explícito por grupos conservadores.

Nos debates sobre o aborto e sobre direitos sexuais e reprodutivos, há, ressalvadas posições intermediárias, em geral dois campos bem definidos: um em defesa de maior autonomia para a mulher e outro em defesa da imposição de restrições legais e obstáculos burocráticos ao exercício de direitos que impliquem macular de alguma forma o feto ou o embrião, não só no que diz respeito ao aborto, mas também às pesquisas com células-tronco embrionárias e mesmo em relação à reprodução assistida – basta lembrar da PEC nº 408/2005, que pretendia vedar “a possibilidade da manipulação do embrião humano, aberta pelas técnicas

⁹⁶ Ilustrativo, nesse sentido, o posicionamento do Papa João Paulo II sobre o papel da mulher no mundo. Segundo ele, “Nestes últimos anos têm-se delineado novas tendências na abordagem do tema da mulher. Uma primeira tendência sublinha fortemente a condição de subordinação da mulher, procurando criar uma atitude de contestação. [...] Uma segunda tendência emerge no sulco da primeira. Para evitar qualquer supremacia de um ou de outro sexo, tende-se a eliminar as suas diferenças, considerando-as simples efeitos de um condicionamento histórico-cultural. Neste nivelamento, a diferença corpórea, chamada sexo, é minimizada, ao passo que a dimensão estritamente cultural, chamada género, é sublinhada ao máximo e considerada primária. [...] Entre os valores fundamentais relacionados com a vida concreta da mulher, existe o que se chama a sua «capacidade para o outro». Não obstante o facto de um certo discurso feminista reivindicar as exigências «para ela mesma», a mulher conserva a intuição profunda de que o melhor da sua vida é feito de actividades orientadas para o despertar do outro, para o seu crescimento, a sua protecção. Uma tal intuição é ligada à sua capacidade física de dar a vida. Vivida ou potencial, essa capacidade é uma realidade que estrutura em profundidade a personalidade feminina” (JOÃO PAULO II, 2004).

de procriação artificial”, bem como o voto do Ministro Menezes Direito na ADI 3.510, que pretendia, à revelia do objeto da ação, proibir a produção de embriões excedentários durante esses procedimentos.

Em que pese ter se popularizado, a partir do debate estadunidense, a nomeação desses grupos antagônicos como “pró-vida” e “pró-escolha”, não adotarei a terminologia, porque entendo que ela falseia a discussão. Em primeiro lugar, nomear as posições mais restritivas em relação a direitos sexuais e reprodutivos como “pró-vida” antecipa os resultados dos próprios debates travados; afinal, afirmar que o embrião ou o feto humano, mesmo nos seus estágios mais iniciais de desenvolvimento, é uma vida humana *para todos os efeitos* é justamente um dos temas que se coloca em discussão em primeiro lugar. Além disso, posições comumente denominadas “pró-escolha”, na maior parte das vezes, *também lutam pela proteção da vida, mas da vida das mulheres*: considerando que o aborto é uma realidade na sociedade e que a criminalização da conduta não tem o condão de impedir que mulheres recorram ao aborto como último recurso diante de uma gravidez indesejada, a luta pela descriminalização do aborto é também uma luta pela reversão das altas taxas de mortalidade materna decorrentes da realização de abortos inseguros e clandestinos, sem condições regulamentadas de assepsia e higiene. Nesse quadro, abordarei as posições antagônicas como posições “restritivas” ou “conservadoras” e posições “liberais” ou “feministas” em relação a direitos sexuais e reprodutivos e à proteção do feto e do embrião.

A hipótese que será avaliada pelo presente trabalho, como citamos no capítulo 3, é a de que é juridicamente exigível, pela via principal ou incidental, a declaração de inconstitucionalidade (ou de não-recepção), sem redução de texto, da incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal à hipótese de aborto realizado no primeiro trimestre de gestação (até a décima terceira semana), por patente violação, nessa hipótese, dos direitos fundamentais à saúde, à privacidade, à autonomia reprodutiva, à igualdade e à liberdade de crença das mulheres, precipuamente impactante sobre a vida das mulheres pobres e negras. A primeira questão que se impõe à análise, nesse quadro, é o eixo discursivo metafórico-metonímico sobre a natureza jurídico-constitucional do embrião e do feto, que se desdobra em quatro planos principais: enquanto debate sobre o início da vida (6.1); enquanto discussão sobre a titularidade de direitos fundamentais por parte do embrião e do feto (6.2); enquanto discussão sobre o Pacto de San José da Costa Rica e a proteção da vida “desde a concepção” (6.3); e enquanto discussão sobre a proteção constitucional ou legal da vida em sentido objetivo (6.4).

6.1 Impasses sobre o início da vida

Os debates sobre o “início da vida” estão presentes, em maior ou menor medida, em praticamente todos os debates legislativos e jurisdicionais sobre direitos reprodutivos. Na justificação de PECs e projetos de lei mais restritivos em relação a direitos sexuais e reprodutivos, muitas vezes algum espaço é dedicado a afirmações como de que “a vida humana é uma só, começando com a concepção e terminando com a morte, não sendo possível, nos tempos de hoje falar-se em uma vida intra-uterina e outra extra-uterina, porque evidentemente, o produto da concepção não começa a viver com o nascimento” (justificativa da PEC 25/95); “a ciência já demonstrou que o embrião humano é um indivíduo que possui identidade desde o momento da fertilização” (justificativa da PEC 571/02). O grupo de posicionamento mais liberal, por outro lado, em geral não constrói sua argumentação a partir da *negação* de que o embrião ou o feto possuam vida. A argumentação é mais sutil, no sentido de que supor que o embrião e o feto possuem vida é uma noção válida dentre outras, mas não é uma posição que possa ser defendida com argumentos universais ou definitivos. Nesse sentido estão as afirmações de que “qualquer ponto de vista (filosófico, médico, histórico) a determinação do momento em que efetivamente se inicia a vida humana é extremamente controvertida. [...] Não se pode, pois, com base em princípios arbitrários, derivados de suposições infundadas, justificar limitações aos direitos das mulheres de disporem do seu próprio corpo” (justificativa do PL 176/91) e de que “o único consenso médico e biológico sobre a vida é no sentido de que ela é um processo autoprodutivo contínuo e infinito, do qual o nascituro é um estágio, de forma que para marcar o início da vida, inclusive da vida humana, o único aporte razoável e não arbitrário é falar em uma regressão infinita, em uma vida que começou a milhares de anos. Considerar o feto ou um estágio desse processo evolutivo da vida humana como pessoa, é admitir uma única concepção válida, logo dogmática” (voto em separado do Dep. Darcísio Perondi na CSSF sobre o Estatuto do Nascituro).

No Judiciário, a ideia de que “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação” foi a tese central defendida pelo Procurador-Geral da República na petição inicial da ADI 3.510, quando afirmou que mesmo em sua fase unicelular, o zigoto já se qualifica como “ser humano embrionário”. Durante o julgamento, no entanto, nem todos os Ministros entraram na discussão sobre o “início da vida”: o relator, ministro Ayres Britto, seguido pela maioria dos ministros do STF, afastou expressamente a necessidade dessa discussão. A Ministra Ellen Gracie, por exemplo, afirmou que há “numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no

que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana”, de forma que a “introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988” (2008, p. 204); num mesmo sentido se manifestaram a Ministra Carmen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Cezar Peluso e o Ministro Gilmar Mendes. Apenas dois ministros entenderam que era pertinente discutir a questão do “início da vida”: o Ministro Menezes Direito apontou que o embrião é, desde a fecundação, um representante da espécie humana, com DNA próprio, não havendo, segundo ele, diferença ontológica entre fases de desenvolvimento da vida que justifiquem a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não; o Ministro Celso de Mello também entendeu que o caso demandava reflexão – ainda que secularizada – sobre o momento de início da vida, embora apenas para concluir que não há consenso possível sobre a matéria. Na ADPF 54, o tema não foi debatido com tanto afinco, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que discorreu sobre a plurivocidade do conceito de “vida”, afirmando que pressupor que a vida tem uma “essência” seria basear-se em um pressuposto dogmático ou autoridade transcendente inquestionável, o que não é científico nem democrático (2012, p. 102).

Entendemos, em consonância com a maioria firmada no STF no julgamento da ADI 3.510 quanto a essa questão, que a discussão sobre o “início da vida” não é uma discussão propriamente jurídica. Conforme ressaltado no julgamento da ADI 3.510 e em suas audiências públicas, se nem mesmo a Biologia, ciência dedicada ao estudo dos seres vivos, apresenta um único e definitivo conceito de “vida”, quanto menos se é possível alcançar um consenso quanto ao seu “início”. Da perspectiva da biologia molecular, por exemplo, que encara a evolução como um processo de transmissão dos genes mais competitivos para as futuras gerações, a vida é encarada como uma “seleção natural de replicadores ou genes” ou a “realização de um projeto prescrito pela hereditariedade” (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 16). A teoria da autopoiese, por sua vez, identificando a célula como componente fundamental de toda forma de vida possível, definirá a vida como “estado de atividade das células e dos sistemas celulares” (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 18). Contemporaneamente, a biossemiótica considera a interpretação dos signos a propriedade fundamental dos seres vivos. Em estudos acerca da vida artificial surge, por sua vez, um conceito de vida primária que, ao invés de focado em alguma individualidade (célula, organismo, gene), está focado em um sistema que é capaz de adaptação às contingências de um ambiente imprevisível, de forma que a vida existe em

diferentes níveis de organização (população, ecossistema e até a biosfera, entendidos todos os ecossistemas em suas múltiplas interações) (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 20–5). A par de todos esses esforços conceituais, persiste um ceticismo entre a maioria dos biólogos quanto à possibilidade de se estabelecer uma definição para o conceito de “vida”, havendo inclusive quem aponte para a completa inviabilidade de tal empreitada (COUTINHO; MAIA; SILVA, 2008, p. 10).

Atualmente, a biologia e a medicina já descreveram com riqueza de detalhes o que se passa em cada etapa do desenvolvimento embrionário, da fecundação à gestação e ao eventual nascimento. Já se sabe que o sistema nervoso surge primitivamente por volta da 2ª semana de gestação, que por volta da 4ª o coração do feto começa a bater, que o sexo pode ser definido por volta da 14ª semana e que, a partir da 24ª semana, o feto tem suas principais conexões nervosas estabelecidas, embora não se possa afirmar que desde então seja capaz de sentir dor. A questão central, do ponto de vista jurídico, é que escolher qualquer das etapas como a fronteira a partir da qual o embrião ou o feto passa a ser considerado um ser dotado de direitos e interesses autônomos, ou passa a titularizar direitos fundamentais, não é uma decisão passível de ser tomada com tão somente o subsídio das informações fornecidas pela biologia, pois não é uma questão que se possa depreender automaticamente do conceito de “vida”. Mesmo que se reconheça que há vida humana no embrião, daí não decorre automaticamente que o embrião é um sujeito de direitos humanos e constitucionais: essa é uma questão que depende do modo com que o embrião, enquanto elemento do mundo, é valorado pelo Direito. Como demonstramos no primeiro capítulo, nem mesmo os direitos do homem podem contemporaneamente ser fundamentados enquanto dados da natureza, enquanto decorrências da essência humana enquanto tal: a referência a direitos “naturais”, “inerentes ao humano” ou “inalienáveis” – expressões cunhadas com contornos metafísicos e sacros – devem ser contemporaneamente compreendida como indicadora de uma *justificação cuja validade é amplamente aceita e cuja dimensão epistêmica se coloca para além do controle do Estado* (HABERMAS, 2010, p. 649).

O Ministro Celso de Mello colacionou em seu voto na ADI 3.510 trecho de manifestação formulada pela Academia Brasileira de Ciências, por grupo constituído pelos Professores Doutores Mayana Zatz, do Instituto de Biociências da USP, Marco Antonio Zago, da Faculdade de Medicina da USP, e Antônio Carlos Campos De Carvalho, do Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho da UFRJ, sobre o fato de que a discussão sobre o “início da vida”

no âmbito das ciências não impõe nenhuma consequência imediata para a discussão jurídica sobre a vida e a morte:

não se trata propriamente do momento do 'início da vida individual', mas sim em que momento do ciclo vital a sociedade decide dar ao ente biológico o 'status' de indivíduo (pleno ou potencial), que passa então a merecer do Estado a proteção de sua integridade. Essa não é uma questão científica biológica, mas sim filosófica e moral, definida arbitrariamente pela legislação de cada país em consonância com os costumes (cultura) da população. É de esperar, pois, que seja variável segundo o local e o tempo. Por analogia, o mesmo ocorre com a morte. A definição do momento da morte individual varia, segundo a evolução da medicina (o conceito de 'morte cerebral', por exemplo, que permite retirar órgãos de um indivíduo cujo coração e pulmão estejam funcionando, é bastante recente na história da humanidade) (2008, p. 566).

A atribuição de estatuto humano ao embrião, embora para muitos de seus defensores apareça como um dado autoevidente, é, em termos históricos, relativamente recente; não é uma decorrência lógica de dados biológicos enquanto tais. Como relata Naara Luna,

Iniciando com a abordagem da história do debate sobre o aborto na Igreja Católica, é possível entender como se constitui ao longo dos anos o estatuto atribuído ao embrião humano. Segundo Jane Hurst, na literatura penitencial da Alta Idade Média, no Direito Canônico (primeira compilação em 1140) e na teologia, encontra-se a teoria da hominização posterior do feto, segundo a qual, antes da entrada da alma racional, princípio atualizador da forma substancial, haveria apenas o potencial do corpo como matéria primeira. Havia penitências diferentes para o aborto, conforme realizado antes e depois da hominização, sendo tais punições associadas às regras contra fornicção. No século XVII, o médico Paolo Zacchia defende pela primeira vez o argumento de que a alma racional estaria presente desde a concepção. A despeito disso, a posição da Santa Sé se mantém a mesma até 1869. No século XIX, aparecem opiniões defendendo o embrião como vida potencial. Em 1864, o teólogo jesuíta Jean Gury afirma que o feto, mesmo sem receber a alma, caminha para a formação de um ser humano, logo, sua expulsão seria um homicídio. Em 1869, o Papa Pio IX declara o aborto como homicídio, o que é incluído no novo código de Direito Canônico de 1917. Apenas no século XX, afirma-se explicitamente o conceito de proteção do embrião desde a concepção, designado de “direito à vida”, tendo por pressuposto a hominização imediata (2009, p. 309–10).

Para a discussão jurídica, não se trata, portanto, de definir o momento do “início” de uma vida individual, mas sim de identificar em que momento do ciclo vital, e em que circunstâncias, o Direito dá ao ente biológico o “status” de indivíduo ou algum grau menor de proteção. No plano da atividade legislativa, a escolha da forma com que o embrião e o feto serão protegidos em cada uma das suas etapas de desenvolvimento não é uma questão a que se possa acudir unicamente a partir de critérios biológicos: não há uma essência ontológica do humano que, revelada de modo imediato e isenta de uma dimensão hermenêutica, possa ser tratada como uma fonte direta de normas de ação. Trata-se, sim, de uma questão filosófica e

moral, definida de modo contingente pela legislação de cada país em consonância com valores, paixões e um amplo espectro de argumentos. No plano da atividade de aplicação jurisdicional, por sua vez, não se trata de descobrir de que forma a Constituição e a legislação podem *mais bem* proteger qualquer das etapas de desenvolvimento do embrião e do feto, mas de compreender de que forma essa proteção já se expressa ou não na Constituição e nas leis, bem como, neste último caso, quais são os limites constitucionais dessa proteção.

6.2 O feto é um sujeito de direitos constitucionais?

Após análise da discussão legislativa sobre aborto, direitos reprodutivos e proteção do embrião, é seguro afirmar que o ponto nodal de todos esses debates é a discussão sobre se o embrião e o feto são *sujeitos de direitos*. O tema aparece, explícita ou implicitamente, em quase todos os processos legislativos analisados.

A discussão sobre a potencial titularidade de direitos por parte do embrião e do feto pode transcorrer em dois planos: no plano da legislação ordinária e no plano da titularidade de direitos constitucionais. No plano da legislação ordinária, a discussão sobre a personalidade jurídica do nascituro é tão antiga quanto o Código Civil de 1916, que previa, em seu artigo 4º, que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”; o Código Civil de 2002 reproduziu integralmente o dispositivo – e com ele o debate – em seu artigo 2º. Por personalidade civil entende-se a aptidão genérica para, em nome próprio, adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, no âmbito do Direito Civil, desenvolveram-se três correntes principais: (i) a corrente *natalista*, defendida, dentre outros, por Sílvio Rodrigues, afirma que, nos termos da literal redação do Código Civil, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, não havendo que se falar na titularidade de direitos e obrigações por parte do nascituro; para essa corrente, quando o art. 2º do Código Civil dispõe que a lei “põe a salvo” os direitos do nascituro, trata-se da preservação de direitos patrimoniais (sucessórios, por exemplo) a que o nascituro terá direito *desde que adquira personalidade jurídica*; (ii) a corrente *da personalidade condicional*, defendida, dentre outros, por Fábio Ulhoa, que afirma que a personalidade civil do nascituro existe, mas é virtual, sujeita que está, para que se aperfeiçoe, à condição (evento futuro e incerto que subordina sua eficácia) do seu nascimento com vida; e (iii) a corrente *concepcionista*, por fim, afirma, a despeito da redação literal do art. 2º do Código Civil, que o Código reconhece

personalidade ao nascituro ao autorizar (de modo meramente exemplificativo e não taxativo, como poderia sugerir a enumeração de hipóteses excepcionais em relação ao art. 2º) que ele pode receber doações (art. 542, CC), que ele participe da sucessão (art. 1.798), etc. (FARIA; ROSENVALD, 2016, p. 308).

Não tomaremos parte, no entanto, nos debates acerca da atribuição ou não de personalidade jurídica ao embrião e ao feto por parte da legislação ordinária. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público está baseado no pressuposto de que a Constituição tem supremacia em relação às demais normas do ordenamento jurídico. A discussão sobre se o embrião e o feto são sujeitos de direitos constitucionais, por sua vez, é uma discussão que tem impacto direto sobre os limites constitucionais materiais para a tutela ordinária da vida humana pré-natal em primeiro lugar. Cabe lembrar aqui as críticas do Ministro Cezar Peluso, em seu voto na ADI 3.510, ao equívoco decorrente interpretar a Constituição a partir das leis ordinárias, que inverte a hierarquia de normas do ordenamento: quando se busca compreender de que modo a vida humana é protegida pela Constituição, é a própria Constituição que deve ser interpretada, não as leis ordinárias (2008, p. 484). Não se pode, nesse sentido, incorrer no equívoco de proceder à interpretação da Constituição conforme as leis: com essa técnica,

insinua-se que o problema da concretização da constituição poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias. Nestas encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação de fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais. [...] a interpretação da Constituição conforme às leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa a partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto, mas também como campo neutro em que o legislador iria introduzindo sutilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei (CANOTILHO, 2003, p. 1233-4).

Nesse contexto, para fim de equacionamento da natureza jurídico-constitucional do embrião e do feto, é irrelevante o que quer que disponham sobre eles o Código Civil, o Código Penal ou as leis ordinárias. Do contrário, é subvertida a supremacia constitucional, na medida em que as leis ordinárias só são válidas em primeiro lugar na exata medida em que harmônicas com a Constituição. Leis infraconstitucionais não podem ser invocadas para que, a partir delas,

se extraia o sentido de normas hierarquicamente superiores que são seus próprios fundamentos de validade: a lei, nessa hipótese, tautologicamente se tornaria seu próprio parâmetro de controle de constitucionalidade. Daí, inclusive, evitarmos o emprego do conceito de “nascituro” no presente trabalho: trata-se de um termo construído pela doutrina civilística que não está expresso na Constituição, nem definido na lei; seu uso convoca uma série de debates que escapam ao campo disciplinar do presente trabalho.

Nos debates legislativos, como citado, os discursos metafóricos que igualam o embrião ou o feto às mulheres e aos homens, como titulares dos mesmos direitos constitucionais e humanos são muitos. Na justificativa da PEC 25/95, o Deputado Severino Cavalcanti afirma que incluir no artigo 5º a inviolabilidade da vida “desde a sua concepção”, vem garantir definitivamente a inviolabilidade do direito à vida, salvaguardado no texto da Lei Maior (1995, p. 1-2). Nas audiências públicas realizadas, partidários da proposta afirmaram que “as leis que legitimam o aborto estão em contradição com o direito inviolável à vida e negam a igualdade de todos perante a lei” – pressupondo, dessa forma, que o feto titulariza esses direitos. Embora exista uma aparente contradição lógica em partir do pressuposto de que o feto *já é* um sujeito de direitos constitucionais e, ao mesmo tempo, pretender incluir menção expressa nesse sentido no texto constitucional, o jurista Ives Gandra se manifestou na audiência pública no sentido de que a emenda seria meramente explicativa, pois a “inviolabilidade do direito à vida” presente no texto constitucional tornam não-recepcionadas as hipóteses em que o aborto é autorizado pelo Código Penal – ao que o relator, Deputado Arnaldo Abílio, contestou que a interpretação é forçada, pois não há diferença substancial entre ambas as expressões, embora a questão pudesse ser oportunamente suscitada nos tribunais. O Projeto de Lei nº 3983/15, que busca criminalizar o aborto em caso de estupro, invoca a inviolabilidade do direito à vida e o princípio da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza – que se aplicariam ao feto, equiparado, na argumentação, à qualidade de pessoa titular de todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

A fundamentação de parte dos discursos metafóricos que equiparam embrião e feto a todos os demais sujeitos de direitos constitucionais é a interpretação da lei ordinária – argumentos que, como citado, são impertinentes do ponto de vista do Direito Constitucional. A justificativa da PEC 571/02, por exemplo, em parte está baseada no fato de que ordenamento jurídico infraconstitucional já reconhece que o nascituro é titular de direitos, ao dispor que o nascituro pode receber doações e suceder legitimamente. A justificativa do Projeto de Lei 3983/2015, que busca criminalizar o aborto em caso de estupro, em sentido semelhante aponta

que como o aborto está capitulado dentre os “crimes contra a pessoa” e como o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê “a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento”, se impõe o reconhecimento de que o feto é uma pessoa, com direito à vida. Esse problema foi apontado pela Deputada Fátima Bezerra em seu parecer quanto à PEC 571/02, quando se manifestou no sentido de que a “afirmação feita pelos autores na justificção da proposta em exame, de que o fato de a legislação infraconstitucional já reconhecer alguns direitos civis ao nascituro daria à Constituição o dever de preservar e proteger a vida em qualquer de suas fases parece [...] completamente despropositada [...], porque é o texto constitucional quem dá fundamento de validade à legislação ordinária e não o contrário” (2004, p. 4). Num mesmo sentido, o Deputado José Genoíno, em seu voto nos Projetos de Lei nº 1135/1991 e 176/1995, acusou “afragilidade argumentativa do parecer apresentado pelo Deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) [...] quando o mesmo, para fundamentar a pretensa inconstitucionalidade do projeto, recorre a dispositivos de leis ordinárias, como são o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente” (2008, p. 6).

Num segundo conjunto de discursos metafóricos de equiparação entre mulheres, homens, embriões e fetos, argumentos amparados na biologia e argumentos de matriz religiosa por vezes se confundem na enunciação da titularidade de direitos fundamentais por parte dos embriões e dos fetos como se essa fosse uma consequência autoevidente da sua especificidade genética ou dos desígnios divinos. A PEC nº 571/2002, de autoria do Deputado Paulo Lima, é justificada a partir da afirmação de que “a ciência já demonstrou que o embrião humano é um indivíduo que possui identidade desde o momento da fertilização”, de forma que “é justo que essa identidade seja legalmente reconhecida”, pois “ninguém pode colocar-se acima do Criador, manipulando a própria vida e a de outrem”, sendo necessário “resguardar o direito dos embriões ao dom precioso da vida” (2002, p. 2). Em seu voto em separado na PEC 25, o Deputado Severino Cavalcanti cita que “uma vez que a fertilização teve lugar, todas as possibilidades de uma nova alma, de um novo indivíduo estão abertas, e iniciou-se uma vida individual que deveria ser amparada pelas mesmas leis protetivas que amparam todos os seres humanos” (1995, p. 21-23). Sobre esse conjunto de argumentos, cumpre reprisar o que dissemos acima: direitos e obrigações não surgem de modo imediato do que quer que se perceba como “a natureza das coisas”, ao estilo de uma falácia naturalista humeana. Esse foi um dos pontos de mais consenso no STF quando do julgamento da ADI 3.510: mesmo em face de inúmeros pontos de vista irreconciliáveis sobre o início da vida ou sobre a dignidade do embrião ou do

feto, o que é decisivo para o equacionamento de direitos e obrigações constitucionais é a análise da Constituição.

Um terceiro conjunto de discursos metafóricos não se limita a enunciar a titularidade de direitos constitucionais por parte do embrião e do feto, mas dá um passo adicional no sentido de que *sequer pode ser objeto de deliberação* proposta de emenda constitucional tendente a aprovar novas modalidades de aborto legal, por ser “tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Segundo afirmou o Deputado Severino Cavalcanti em seu voto em separado na PEC 25/95, o art. 60, §4º da Constituição protege o direito à vida do nascituro, de forma que “o aborto nunca poderá ser proposto” (1995, p. 35). Em seu parecer nos Projetos de Lei nº 1135/1991 e nº 176/1995, acatado pela Comissão, Eduardo Cunha afirma que “qualquer alteração na matéria sob exame, tendente a abolir o direito à vida do ser concebido que ainda não nasceu, somente poderia ser alcançada mediante processo constituinte originário destinado à elaboração de nova Constituição” (2008, p. 8). Contra o parecer de Cunha, o Deputado José Genoíno afirmou que a Assembléia Nacional Constituinte optou livremente em não incorporar a proteção do direito à vida existe desde a concepção, não de forma aleatória, mas enfrentados debates qualificados sobre as possíveis interpretações da norma constitucional, após os quais a proposta foi votada e rejeitada (2008, p. 5-6).

No âmbito da discussão jurisdicional, a tese central defendida pelo Procurador-Geral da República na inicial na ADI 3.510 é um discurso metafórico que, a partir da autonomia genética enquanto critério de identificação, equipara o embrião à pessoa, qualificando ambos como titulares dos mesmos direitos e garantias constitucionais. A despeito de todas as evidentes dessemelhanças entre um embrião *in vitro* e uma pessoa nascida, argumenta-se que a constituição genética própria faz da afirmação de que o embrião é um *ser humano* independente uma evidência experimental, não uma hipótese metafísica – de forma que estabelecer uma fronteira arbitrária para o momento em que o embrião ou feto passa a ostentar a qualidade de ser humano seria “absurdo”. Na medida em que a constituição genética autônoma do embrião é suficiente, na argumentação do PGR, para que ele seja considerado um sujeito de direitos constitucionais, a pesquisa com células-tronco embrionárias violaria a *dignidade da pessoa humana*, a *igualdade* e o *direito à vida* do embrião. Há, aqui, uma ontologia substancialista que afirma a existência de uma pessoa humana no embrião a partir do mero esboço genético do

indivíduo contido no genoma; na versão religiosa mais antiga dessa ontologia, o estatuto jurídico da pessoa surge do momento de surgimento da alma⁹⁷ (LUNA, 2009, p. 312).

O Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista na ADI 3.510, buscou expressamente afastar a afirmação de que do reconhecimento de que “desde a fecundação”, o embrião é um “próprio ser em potência e, sobretudo, em essência”, “um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA)”, se possa extrair, “*in abstracto*, de forma automática” que ele seja titular de direitos, pois permanece a necessidade de apurar em sede constitucional o alcance da garantia da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana (2008, p. 279-81). No entanto, acaba por ser essa mera existência de vida no embrião o que fundamenta o reconhecimento da sua titularidade de direitos, pois não há um passo adicional de fundamentação: “ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege. Não há termos inúteis na Constituição. Estatuída a inviolabilidade do direito à vida, fica claro que o constituinte dos oitenta pretendeu evitar o aviltamento desse direito fundamental” (2008, p. 282).

O constituinte pretendeu proteger a vida desde a concepção, como afirma o Ministro Menezes Direito? Na decisão da ADI 3.510, a maioria dos Ministros do STF firmou entendimento em sentido diverso. A ementa do julgamento, elaborada nos termos do voto do relator, Ministro Ayres Britto, secundado pela maioria dos Ministros do STF, afirmou que a Constituição não dispõe sobre o início da vida humana ou sobre o instante em que ela começa; assim, “não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional")” (2008, p. 2).

Uma das razões que justificam esse “mutismo” constitucional sobre a proteção da vida humana pré-natal e o consequente repasse dessa competência para a legislação ordinária, em seus estritos limites, é justamente a circunstância de que a inclusão no texto constitucional de

⁹⁷ Conforme coloca Naara Luna, “Sarah Franklin afirma que os grupos antiaborto na Inglaterra afastaram-se da retórica de que toda vida humana seria sagrada porque fora criada por Deus, substituindo definições religiosas da vida por definições biológicas. Assim, a condição de pessoa do feto não estaria mais na presença da alma, mas na posse de um corpo e um genótipo humanos. Constituiu-se o feto como agente individual separado da própria mãe. Essa imagem do feto isolado é construída por tecnologias visuais (câmeras no interior do útero, ultrassonografia), definindo-se sua condição de pessoa de modo associal, a partir de fatos naturais. A construção do feto como pessoa potencial e individual se vale de um raciocínio teleológico, baseando-se em conceitos de força vital biológica e de determinismo genético, de modo que, no momento da concepção, seu curso de vida já estaria mapeado geneticamente. A individualidade do feto mostrase no conceito de viabilidade. Assim, a biologia torna-se a base para a construção cultural de categorias sociais. A fertilização *in vitro*, ao propiciar a formação de embriões humanos fora do corpo em laboratório, representa o auge do processo de autonomização do feto, figura formada independentemente do corpo materno mediante intervenção médica”.

referência à proteção do ser humano desde a concepção foi proposta e amplamente debatida na Constituinte, tendo sido, no entanto, rechaçada. Não se trata de uma interpretação *teleológica* (nos termos da hermenêutica jurídica clássica) ou de uma interpretação *originalista*⁹⁸ da Constituição (nos termos da teoria constitucional estadunidense) – pois, evidentemente, não faz sentido fazer depender a interpretação constitucional de algo tão intangível quanto a apuração das intenções não só dos 559 Deputados Constituintes, mas também dos cidadãos e movimentos sociais que participaram direta ou indiretamente dos trabalhos⁹⁹. Trata-se apenas da confirmação de que o silêncio constitucional quanto à proteção da vida humana pré-natal não é um dado fortuito, mas uma consequência de uma decisão concreta tomada já duas vezes na nossa história constitucional – pois, para além da deliberação na constituinte, a PEC 25/95, que pretendia incluir a proteção da vida “desde a concepção” na Constituição, foi rejeitada em primeiro turno pelo voto de 350 Deputados. Afirmar que o embrião e o feto são sujeitos de direitos constitucionais é assumir um posicionamento que traz amplas consequências jurídicas, pois implica adicionar novas pessoas à lista daquelas cujos direitos constitucionais podem ser mutuamente antagônicos; nesse contexto, a enunciação de que a Constituição dá ao embrião e ao feto o *status* de sujeitos de direitos constitucionais não pode decorrer das meras preferências políticas ou valores éticos do intérprete, mas deve pressupor que o fundamento dessa enunciação possa ser encontrado em algum ponto do texto constitucional – o que só não é possível por razões históricas bastante tangíveis.

Argumentos metafóricos que igualam embriões e fetos a sujeitos de direitos constitucionais são, em geral, empregados para contrapor em pé de igualdade “os direitos do feto” aos direitos das mulheres. É necessário lembrar, nesse contexto, que o não reconhecimento constitucional expresso do “direito à vida desde a concepção” é uma consequência direta da luta política de mulheres e feminista na constituinte. Como relata Céli Regina Jardim Pinto, a despeito de a constituinte contar com apenas 26 mulheres eleitas (5,7% do total), de diferentes filiações partidárias, o grupo forjou laços de solidariedade naquele espaço nitidamente

⁹⁸ Recomenda-se a leitura da ainda atual crítica de Dworkin ao “originalismo” e à distinção entre direitos constitucionais “enumerados” e “não-enumerados” – que é central na jurisprudência constitucional estadunidense – feita no capítulo 5 de “Domínio da Vida” – em especial quanto à aplicação dessas noções nas discussões sobre aborto e eutanásia sob a perspectiva do Direito Constitucional (cf. DWORKIN, 2009, p. 165–206).

⁹⁹ O processo constituinte que deu origem à Constituição promulgada em 1988 foi profundamente democrático. As diversas forças populares que voltaram sua atenção para a Constituinte foram acolhidas por um regimento que, revisto, abriu canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada (CARVALHO NETTO, 2002b, p. 43–5). Foi, assim, suplantado o anteprojeto da “comissão de notáveis”, juntamente com qualquer tentativa de realização de um processo constituinte pré-ordenado, uma transição palaciana materializada em um arranjo de elites.

masculino, se autodenominou “bancada feminina” e apresentou 30 emendas sobre direitos das mulheres, “englobando praticamente todas as reivindicações do movimento feminista” (PINTO, 2003, p. 73–4). Embora a princípio o movimento feminista tivesse se articulado para garantir expressamente o direito ao aborto na Constituição – tendo sido, inclusive, apresentada a Emenda Popular nº 65 nesse sentido, que contou com mais de trinta mil assinaturas (TELES, 1999, p. 144) – diante do diagnóstico de que a proposta de inclusão no texto constitucional do direito à vida desde a concepção começava a ganhar força em bancadas conservadoras, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher iniciou uma campanha nacional contra a proposta que se sagrou vitoriosa (PINTO, 2003, p. 76). Embora não houvesse propriamente uma bancada feminista e “definitivamente não se tratasse de uma constituinte feminista”, muitas foram as vitórias do movimento: o direito de livre planejamento familiar vedada coerção estatal, por exemplo, previsto no art. 226, §7º da Constituição, é um dos que se originou de emendas propostas pela organização de mulheres (PINTO, 2003, p. 77–8).

Em seu voto na ADPF 54, o Ministro Cezar Peluso afirmou que o feto, mesmo anencefálico, tem vida, que, entendida como processo, “não constitui criação artificial da ciência jurídica, senão realidade pré-jurídica de que, para efeito de valorações normativas fundamentais, se apropria o Direito”; “na condição de *objeto de privilegiada tutela constitucional*, não é lícito ao ordenamento [...] negar-lhe a realidade autônoma perceptível fora do mundo jurídico” (2012, p. 378). Segundo ele, tanto a vida intrauterina quanto a vida extrauterina guardam *idêntico* nível de dignidade sob o prisma constitucional, verificando-se, entre ambas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos, de “idade”: “a vida intrauterina não pode, na ordem jurídica, ser classificada, para efeito de tutela, numa categoria axiológica inferior em relação à vida fora do útero” (2012, p. 387-93). Em momento algum, no entanto, se buscou respaldo específico no texto constitucional para a defesa de que a vida humana, em qualquer de suas etapas, é objeto de “privilegiada tutela constitucional”, ou de que o feto – ainda que anencefálico – é titular de “inata dignidade humana” ao juízo da Constituição”; ao contrário, a tutela constitucional da vida pré-natal foi enunciada como se fosse um dado autoevidente.

Ao silêncio constitucional sobre o início da vida, outro argumento reforça a ideia de que o embrião e o feto não são sujeitos de direitos constitucionais. Como sugere o Ministro Ayres Britto, a própria leitura atenta do art. 5º, *caput* da Constituição dá indícios de que o embrião e o feto não titularizam direitos fundamentais: “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”. A Constituição, em clara dicção, garante a inviolabilidade do direito à vida aos *brasileiros* e aos *estrangeiros residentes no país*. Segundo o próprio texto constitucional, os brasileiros *natos* são os *nascidos* no Brasil ou, em alguns casos, os *nascidos* no estrangeiro filhos de pai ou mãe brasileira (art. 12, I) e os *naturalizados* são os que adquirem a nacionalidade e residam no país – para o que se pressupõe não só o nascimento, como uma exteriorização de vontade (art. 12, II). Em qualquer caso, a titularidade de direitos constitucionais pressupõe o nascimento.

Afirmar que o embrião ou o feto não são *sujeitos de direitos constitucionais* não implica afirmar que eles são irrelevantes juridicamente: é válida a proteção, pelo ordenamento infraconstitucional, nos seus estritos limites, de todos os estágios do processo vital humano (como a proteção dos interesses patrimoniais do nascituro, por exemplo), mas a inviolabilidade do direito à vida se refere exclusivamente ao indivíduo já personalizado. Conforme assentado no acórdão da ADI 3.510, apesar de nenhuma forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda ela pode se fazer portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger, desde que nas condições e limites da legislação ordinária, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana.

6.3 O Pacto de San José da Costa Rica e o caso *Baby Boy*

O argumento de que o Pacto de San José da Costa Rica impõe a proteção do embrião e do feto desde a concepção é recorrente nos debates legislativos sobre direitos sexuais e reprodutivos. Foi utilizado pelo Deputado Eduardo Cunha em seu parecer contrário à aprovação dos Projetos de Lei PL 1135/91 e 176/1995 na CCJ. Em seu parecer pela admissibilidade das Propostas de Emenda à Constituição nº 571, de 2002, 62, de 2003, e 408, de 2005, o Deputado Odair Cunha (PT/MG) afirmou que o expresse reconhecimento constitucional da inviolabilidade da vida desde a concepção serve para dar ainda mais efetividade à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O projeto de lei do “Estatuto do Nascituro” vem justificado na necessidade de que o Brasil promulgue lei sobre a proteção integral ao nascituro, “conforme determinou o Pacto de São José de Costa Rica, assinado por nosso País” (2007, p. 6). No âmbito jurisdicional, no contexto das ações estudadas, dois Ministros esposaram a tese de que o Pacto impõe a proteção da vida em todos os seus estágios: em seu voto na ADI 3.510, o Ministro Menezes Direito afirmou que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos

“simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção”; o Ministro Lewandowski, por sua vez, afirmou que, em que pese a pluralidade de posições válidas a respeito do início da vida, no plano jurídico-positivo “há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção”, inclusive em função do Pacto de São José da Costa Rica, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como norma de caráter *supralegal* (2008, p. 401).

As respostas à invocação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos enquanto garantidoras da proteção da vida humana em todos os seus estágios são semelhantes. Em seu voto em separado quanto ao PL 1135/91 e 176/1995 na CCJ, o Deputado José Genoíno cita a Resolução 23/81 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, decidiu que o direito ao aborto não viola a Declaração, posto que o texto não explicita a proteção da vida desde a concepção; num mesmo sentido, o Deputado Darcísio Perondi, no processo legislativo relativo ao Estatuto do Nascituro, faz referência à mesma resolução, em que se afirmou que o direito ao aborto não viola o artigo 4º, inciso I do Pacto de 1969. No STF, o Ministro Celso de Mello, tanto na ADI 3.510 quanto na ADPF 54, lembrou o Caso “Baby Boy” (Resolução nº 23/81 – Caso 2141), em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos proclamou que o Pacto de San José da Costa Rica não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção (2008, p. 589).

O Caso Baby Boy se iniciou quando dois cidadãos estadunidenses interpuseram, ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma petição contra os Estados Unidos da América e o Estado de Massachusetts. Segundo denunciaram, a vítima seria um feto do sexo masculino (“baby boy”) que teria sido morto por processo de aborto pelo Dr. Kenneth Edelin, M.D., posteriormente absolvido pela Corte Suprema do Estado de Massachusetts, em violação dos direitos à vida (artigo I), à igualdade sem distinção (artigo II), à proteção da infância (artigo VII) e à saúde (artigo XI), conforme previstos na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), que se iniciou com as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos *Roe vs. Wade* (1973) e *Doe vs. Bolton* (1973)¹⁰⁰. Segundo os peticionários, o efeito das decisões em *Wade* e *Bolton*, ao pôr fim à proteção dos não nascidos, preparou o terreno para a privação do direito à vida do feto “baby boy”. A discussão sobre o artigo 4, inciso 1 do Pacto de San José da Costa Rica foi enfrentada pelo Governo dos Estados Unidos em sua resposta –

¹⁰⁰ A decisão no caso “Doe vs. Bolton”, embora menos conhecida, foi publicada no mesmo dia que a decisão de “Roe vs. Wade” e invalidou a maioria das restrições para a realização de abortos previstas na legislação do Estado da Geórgia.

em que ressaltou que o Brasil e os Estados Unidos, na segunda sessão plenária da Conferência de San José, consignaram em ata a declaração de que interpretavam o texto em questão no sentido de que ele deixa suscetível à discricionariedade dos Estados Parte o conteúdo da legislação.

Na Resolução nº 23/81, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apontou, quanto à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, que a possibilidade de inclusão da proteção à vida desde a concepção em seu texto foi efetivamente debatida e deliberadamente rechaçada. O projeto original para a redação do artigo I previa a extensão do direito à vida a desde o momento da concepção, mas as delegações de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela apontaram conflitos com suas legislações locais, que permitiam o aborto em hipóteses delimitadas; ao final, decidiu-se por não incorporar a defesa da vida desde a concepção, com o texto “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa” (1981, p. 15). Nos debates preparatórios do Pacto de San José da Costa Rica, a discussão voltou a se apresentar.

Para conciliar los puntos de vista que insistían sobre el concepto de "desde el momento de la concepción", con las objeciones suscitadas, desde la Conferencia de Bogotá sobre la base de la legislación de los Estados americanos que permitían el aborto, inter-alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro, la CIDH, volvió a redactar el artículo 2 (derecho a la vida) y decidió por mayoría de votos introducir, antes de ese concepto, las palabras "en general". Ese arreglo fue el origen del nuevo texto del artículo 2 "1. Toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, desde el momento de la concepción" [...] En la conferencia diplomática que aprobó la Convención Americana, las delegaciones del Brasil y de la República Dominicana presentaron enmiendas separadas de eliminación de la frase final del párrafo 1 del artículo 3 (derecho a la vida), o sea: "en general, desde el momento de la concepción". La delegación de Estados Unidos apoyó la posición del Brasil [...] La delegación del Ecuador apoyó, en cambio, la eliminación de las palabras "en general". (1981, p. 17-8).

No entanto, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mesmo que a posição do Brasil e da República Dominicana, apoiada pelos Estados Unidos, não tenha prevalecido, tampouco prevaleceu a posição defendida pela delegação do Equador. Nesse contexto, segundo a Comissão, “fica claro que a interpretação adjudicada pelos peticionários sobre a definição do direito à vida formulada pela Convenção é incorreta” (1981, p. 18). Assim,

La adición de la frase "en general, desde el momento de la concepción" no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula "en general, desde el momento de la concepción" son

substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta "desde el momento de la concepción" (1981, p. 18).

A inclusão da cláusula “em geral”, assim, evidencia que o Pacto de San José da Costa Rica não declarou simplesmente que o embrião e o feto são titulares do direito à vida desde o momento da concepção. O pacto reconhece um dever geral de proteção da vida humana pré-natal – que pode envolver, por exemplo, a ampla disponibilização de acompanhamento médico pré-natal para gestantes e o parto humanizado –, mas, a toda evidência, o artigo 4.1 não é incompatível com o direito ao aborto, pois não reconhece ao embrião e ao feto a titularidade de direitos subjetivos. Há que se considerar que a Convenção consagra outros direitos e garantias em seu bojo, como ao respeito da integridade física, psíquica e moral (art. 5.1), à liberdade e à segurança (7.1), à privacidade, ao reconhecimento da dignidade e à vedação de ingerências arbitrárias ou abusivas na sua vida privada e na de sua família (11.1, 11.2), às liberdades de consciência e de religião, vedada imposição de medidas restritivas que possam limitá-las (12.1, 12.2), etc. A cláusula “em geral”, subordina eventual proteção objetiva da vida desde a concepção ao respeito a todos esses direitos, cuja impositiva observância não está a princípio, por sua vez, condicionada a nada¹⁰¹. Nesse quadro, a melhor interpretação do Pacto aponta que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”, *desde que* qualquer medida tomada a título de proteção da vida humana pré-natal não implique na violação de direitos humanos e fundamentais e ressalvada disposição legal ou constitucional em contrário. Inclusive porque, como lembra Daniel Sarmiento, o Pacto deve ser interpretado em conjunto com outras convenções internacionais de igual hierarquia:

Não bastasse, mesmo para quem atribua estatura constitucional ao Pacto, é evidente que se deve buscar a harmonização entre seus preceitos e aqueles contidos não só na Constituição da República, como também em outros tratados internacionais sobre direitos humanos. Portanto, tendo em vista a tutela constitucional de direitos como os da saúde da mulher, da privacidade, da autonomia reprodutiva e da igualdade de gênero - que adiante serão examinados – não haveria como conferir peso absoluto à proteção à vida embrionária, sob pena de criar-se uma contradição insanável na ordem jurídica. E isto fica ainda mais claro quando se acrescenta a este quadro normativo os tratados de direitos humanos voltados à proteção da mulher, notadamente a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção de Belém do Pará, elaborada no âmbito da OEA, em 1994 – ambas devidamente incorporadas ao ordenamento nacional e dotadas da mesma hierarquia do Pacto de San José da Costa Rica (SARMENTO, 2005, p. 70).

¹⁰¹ A não ser que se parta do pressuposto de que *todos os princípios jurídicos são, por conceito, condicionais, otimizáveis*. Entendo que não devemos compactuar com uma tal dissolução do código jurídico, embora o aprofundamento da discussão extrapole os limites do presente trabalho.

Recentemente, a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) – à cuja jurisdição o Brasil se submete – interpretou o art. 4.1 do Pacto de San José da Costa Rica, no caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica* (2012). No caso, após a Corte Suprema da Costa Rica anular, sob o fundamento de violação do direito à vida, uma norma que autorizava a prática de fecundação *in vitro*, nove casais com problemas de fertilidade recorreram à Corte, para que fosse reconhecido seu direito de acesso às técnicas. A Corte deu provimento ao pedido dos casais. Segundo a Corte, como os debates sobre o “início da vida” comportam uma multiplicidade de perspectivas válidas, não se pode privilegiar apenas uma delas ao interpretar o artigo 4.1 do Pacto, pois isso implicaria imposição de crença:

[R]especto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten (2012, p. 59-60).

Após análise da Convenção Americana, da Declaração Universal de Direitos Humanos, do artigo 6 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Declaração dos Direitos da Criança, bem como dos seus trabalhos preparatórios, a CIDH afirmou que não é possível sustentar, a partir de *nenhum* desses tratados, que o embrião possa ser considerado uma pessoa, nos termos do art. 4.1 do Pacto de San José. Além disso, sobre a cláusula “em geral”, afirmou que

es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (2012, p. 83).

6.4 A proteção da vida enquanto valor objetivo

Embora essa seja uma temática que não aparece nos debates legislativos sobre direitos sexuais e reprodutivos, as medidas protetivas do embrião e do feto podem ser compreendidas

não como uma defesa de direitos subjetivos, mas como medidas em prol da proteção da vida enquanto “valor objetivo”. O Ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, faz essa sugestão em seu voto na ADI 3.510, quando afirmou crer que “o debate deve centrar-se no direito à vida entrevisto como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano” (2008, p. 403). O Ministro Cezar Peluso fez sugestão parecida, afirmando que “os embriões devem ser tratados com certa dignidade” por força da “dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), enquanto supremo valor ético e jurídico”, ainda que “não cheguem a constituir equivalente moral de pessoa” (2008, p. 488). Assim, ainda que não se parta do pressuposto de que o embrião e o feto têm interesses *próprios* juridicamente protegidos (em outras palavras, direitos subjetivos, na formulação clássica de Ihering), eles podem ser tutelados em nome da proteção da vida enquanto tal, ainda que não própria de uma específica pessoa.

Ronald Dworkin, em “Domínio da Vida”, propõe que colocar a discussão sobre o direito ao aborto nos termos de uma discussão sobre os “interesses” do feto faz pouco sentido, pois por mais que “não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses próprios – não obstante ser importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física” (2009, p. 21). Para o autor, independentemente de considerações sobre a ausência ou existência de direitos e interesses do feto, as pessoas que têm opiniões fortes sobre o aborto, em geral, acreditam, “ao menos intuitivamente, que a vida de um organismo humano tem valor intrínseco seja qual for a forma que assuma, inclusive a forma totalmente incipiente de um embrião recém-implantado” (DWORKIN, 2009, p. 96). A vida é intrinsecamente valiosa em função do modo com que vem a existir. Para Dworkin,

a vida de um único organismo exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa e a nosso assombro diante dos processos divinos ou evolutivos que geram novas vidas a partir das que as antecederam, diante dos processos de uma nação, comunidade ou língua através dos quais um ser humano irá absorver e dar continuidade a centenas de gerações de culturas e formas de vida e valor, e, por último, quando a vida mental iniciar-se e florescer, diante do processo interior de criação e discernimento por meio do qual uma pessoa irá fazer-se e refazer-se, um processo misterioso e inevitável do qual todos participamos e que é, portanto, a mais poderosa e inevitável fonte de empatia e comunhão que temos com cada uma das outras criaturas que se defrontam com o mesmo desafio assustador. O horror que sentimos diante da destruição intencional de uma vida humana reflete em nosso sentimento comum e inarticulado da importância intrínseca de cada uma dessas dimensões do investimento feito (2009, pp. 116-7).

Segundo Dworkin, para conservadores e liberais, ainda que o aborto seja sempre moralmente problemático, ele é considerado mais problemático em algumas situações do que em outras. Mas qual seria a medida utilizada para esse tipo de juízo de valor quanto à métrica do desrespeito ao valor intrínseco da vida? A concepção de perda simples, de simples desperdício da vida, é insuficiente porque se concentra apenas em possibilidades futuras, ignorando que a perda de vida é comumente maior e mais trágica devido ao que já aconteceu no passado. O modo com que encaramos o desrespeito ao valor intrínseco da vida humana pode, nesse sentido, ser muito mais bem explicado a partir da noção de frustração. Quando a progressão “normal” de uma vida é interrompida pela morte, ocorre o desperdício de investimentos criativos naturais e humanos realizados naquela vida. A frustração é maior quando a morte ocorre depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido (DWORKIN, 2009, pp. 122-3). Analisada quanto à questão do aborto, essa ideia explica por que em geral as pessoas consideram que o aborto não é apenas emocionalmente mais difícil, mas moralmente mais condenável quanto mais tarde for praticado. Isso não se explica pelo fato de que em determinado momento da gestação o feto adquire a capacidade de sentir: considera-se em geral que o aborto é mais condenável a partir do quarto mês de gestação – momento próximo ao qual a legislação de vários países estabelece o limite para a prática lícita do aborto –, muito antes da aquisição de qualquer sensibilidade por parte do feto. O que ocorre é que o desenvolvimento fetal é um processo de criação contínuo, que mal começou no instante da fecundação. Ao passo em que o feto se desenvolve, o investimento natural que o aborto poria a perder torna-se cada vez mais significativo (DWORKIN, 2009, p. 129). Segundo Dworkin, a controvérsia sobre o aborto

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

Sob este enfoque, as pessoas discordam sobre se o fim prematuro é a mais grave frustração possível da vida uma vez que adotam pontos de vista distintos – extraídos de uma

vasta rede de outras convicções sobre o sentido da vida e o significado moral da morte – quanto à importância relativa de cada uma das modalidades moralmente significativas de investimento criativo nessa vida: o investimento natural e o investimento humano. Dessa forma, com base em convicções religiosas, morais e filosóficas, algumas pessoas acreditam que “o investimento natural em uma vida humana é algo de importância transcendental, que em si mesmo o dom da vida é infinitamente mais significativo do que qualquer coisa que uma pessoa [...] possa fazer, por mais importante que tal coisa possa ser” (DWORKIN, 2009, p. 128). Nesse grupo estão as pessoas que se opõe ao direito ao aborto; em seu extremo, notadamente as religiosamente ortodoxas, que “vêm a reprodução humana com temor reverencial” (DWORKIN, 2009, p. 129), como milagre natural. “Por outro lado, se alguém atribui uma importância relativa muito maior à contribuição humana ao valor criativo da vida, irá considerar a frustração dessa contribuição como um mal muito maior” (DWORKIN, 2009, p. 130), razão pela qual não se oporá à frustração prematura do investimento natural da vida quando em função dos interesses da mãe, em função daquilo que a mãe investiu em sua própria vida e que pode ser frustrado com a gravidez, ainda que isso não signifique, para a maior parte dessas pessoas, a negação de que o aborto é uma violência. A divergência entre conservadores e liberais não se dá quanto a um valor que é fundamental para um dos lados e rejeitado pelo outro; se dá quanto à distinta importância relativa dada por cada um dos lados a valores que, ambos admitem, são fundamentais e profundos.

Se a vida possui um valor objetivo que pode ser tutelado pelo ordenamento jurídico, resta saber se essa possível proteção manifesta-se somente no nível infraconstitucional ou se, ao contrário, decorre também da Constituição. Segundo Ingo Wolfgang Starlet, no âmbito de sua dimensão objetiva, o direito à vida “representa um valor, um bem jurídico também objetivamente reconhecido e protegido, donde decorrem efeitos jurídicos autônomos, que, por sua vez, refletem na própria esfera subjetiva, ampliando as possibilidades de proteção e promoção dos direitos fundamentais” (STARLET, 2014, p. 189). A dimensão objetiva do direito à vida traduz-se, para ele, num dever estatal de proteção que tem matriz constitucional:

Considerando o silêncio da CF a respeito e a atual opção legislativa (que permite o aborto em duas hipóteses vinculadas a determinadas circunstâncias) e agregando-se a decisão do STF na ADPF 54, é possível arriscar a afirmação de que também no Brasil a tese de que a proteção do nascituro se dá no plano objetivo, por força dos deveres de proteção do Estado, assume, ao menos por ora, caráter prevalente. Mesmo considerando que, no plano do direito internacional dos direitos humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) disponha que a vida humana é protegida desde a concepção – prescrição normativa que prevalece em relação

a toda e qualquer norma legal ou infralegal no ordenamento brasileiro -, disso não resulta necessariamente que tal proteção deva se dar na forma de um direito subjetivo do nascituro (ou mesmo de que tal solução seja a constitucionalmente mais adequada), podendo, portanto, ser justificada no plano da dimensão objetiva. De qualquer sorte, a dimensão objetiva não determina a maneira específica como o Estado deve realizar essa proteção e nem implica necessariamente que a vida tenha exatamente o mesmo grau de proteção em todas as suas fases (STARLET, 2014, p. 194).

O acórdão na ADI 3.510, como vimos, rechaça a noção de que a Constituição tenha feito da “vida”, em abstrato, um bem jurídico autônomo. É evidente que o direito à vida tem uma dimensão objetiva, no sentido de que impõe um dever estatal de proteção desse direito subjetivo. No entanto, considerando que a Constituição em si não traz nenhum dispositivo prevendo especial tutela para o embrião e o feto, não nos parece haver fundamento para estender o dever constitucional de proteção da vida à vida humana pré-natal. De qualquer forma, considerando que o embrião e o feto não são sujeitos de direitos constitucionais, a afirmação de uma dimensão objetiva de proteção da vida humana – seja de matriz constitucional, convencional ou legal – não implica necessariamente que a proteção da vida enquanto valor se resolverá necessariamente a favor da proteção da vida pré-natal. Como coloca José Afonso da Silva, vida, na Constituição, não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva” (2009, p. 197). A ilustração de Dworkin sobre o valor da vida humana em termos dos investimentos biológicos e biográficos nela realizada demonstra que, dependendo do cenário, o valor da vida pode ser mais bem respeitado por meio da frustração de um investimento biológico em nome de um investimento biográfico ou o contrário – o que só pode ser analisado a cada caso. Em qualquer contexto, certo é que a vida humana pré-natal não é indiferente ao direito. A lei ordinária pode livremente proteger o feto e o embrião em nome da proteção do valor da vida em sentido objetivo, desde que dentro dos limites constitucionais: respeitadas as pessoas e os seus direitos humanos e fundamentais.

7. Direito ao aborto e direitos fundamentais

Conforme introduzido no capítulo 4, a hipótese adotada pelo presente trabalho é de que é juridicamente exigível, pela via principal ou incidental, atuação mais ofensiva da jurisdição constitucional no sentido de declarar inconstitucional, sem redução de texto, a incidência dos artigos 124 e 126 do Código Penal à hipótese de aborto realizado no primeiro

trimestre de gestação – momento em que o feto terá no máximo sete centímetros de comprimento e 23g de peso, sem ter sequer minimamente formadas as estruturas neurológicas imprescindíveis para que exista sensibilidade a qualquer estímulo.

Como discutimos no capítulo anterior, em que pese a existência de divergência, há pouco ou nenhum argumento jurídico apto a afirmar que o feto é um sujeito de direitos fundamentais no direito brasileiro. Não só a possibilidade de proteção da vida desde a concepção foi debatida e rejeitada na constituinte, após intensa campanha de mulheres, como voltou a ser apreciada – e rejeitada – no plenário da Câmara dos Deputados em 1995. Os discursos metafóricos que buscam igualar o feto à pessoa, afirmando ambos como titulares do mesmo conjunto de direitos fundamentais, se limitam a enunciar essa equivalência, sem fundamentá-la no texto constitucional. Afinal, a Constituição não apenas não se manifesta sobre o início da vida ou sobre a oferta de qualquer proteção ao embrião e ao feto, como expressa que a inviolabilidade do direito à vida e a titularidade de direitos fundamentais é garantida aos já nascidos, seja no Brasil ou no exterior. Não há, como muitos discursos fazem pressupor, equivalência jurídico-constitucional entre o embrião, o feto e a criança. Cada uma dessas etapas do processo vital humano pode ser protegida de distintas maneiras pelo ordenamento jurídico, mas só a partir do nascimento é possível falar na titularidade de direitos fundamentais.

Embora o feto não seja um sujeito de direitos constitucionais, ele não é, a toda evidência, irrelevante para o direito. Todos os estágios de desenvolvimento da vida humana podem ser protegidos pelo ordenamento jurídico, respeitados os limites constitucionais. Numa democracia constitucional, o limite material mais evidente colocado para a legislação ordinária é a imperativa necessidade de respeito aos direitos humanos e fundamentais – cuja aplicabilidade é imediata, independente de mediação do Poder Legislativo, nos termos de expressa dicção constitucional (art. 5º, §1º). Assim, embora não se questione a legitimidade da criminalização do aborto em algumas circunstâncias – a viabilidade do feto para a vida extrauterina é uma hipótese em geral fora de questionamento – é válida a aplicação da lei penal na hipótese de aborto realizado nos estágios mais primitivos da gestação, a título de proteção da vida em sentido objetivo? A proteção da vida “em geral desde a concepção”, conforme o Pacto de San José da Costa Rica, deve ser afastada para que tenham efetividade outros direitos humanos ali previstos, no caso do direito ao aborto nos momentos iniciais da gestação?

7.1 Da política institucional ao político pessoal: o aborto e seus dilemas na perspectiva de mulheres

A problemática do aborto provocado muitas vezes é tratada como se a decisão de interromper uma gestação se equiparasse ao uso de um método anticoncepcional, por uma mulher fria e indiferente a este ato, desafiante dos códigos legais e morais que impõem à mulher a reprodução enquanto seu destino biológico; a mulher é retratada como uma criminosa, que decidiu isoladamente cometer um crime contra a vida (ZUGAIB, 1990). O voto do Ministro Cezar Peluso na ADPF 54 traz sugestões complicadas nesse caminho. Segundo o Ministro, a realização de um aborto de feto anencefálico não pode ser defendida em termos de autonomia da mulher porque, com essa “eliminação da vida”,

ao feto, reduzido, no fim das contas, à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada, de nenhum ângulo, a menor consideração ética ou jurídica, nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica e ética que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humanas. Essa forma odiosa de discriminação, que a tanto equivale, nas suas consequências, a formulação criticada, em nada difere do racismo, do sexismo e do chamado especismo. Todos esses casos retratam a absurda defesa e absolvição do uso injusto da superioridade de alguns (em regra, brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos) sobre outros (negros, judeus, mulheres e animais, respectivamente) (2012, p. 384).

O aborto, no entanto, nunca é uma decisão fácil; nunca é encarado como um mero método de planejamento familiar, mas como um complexo último recurso diante de uma gravidez indesejada. Considerando que o direito de cidadania não se limita aos procedimentos formais do direito ou à lógica da argumentação, mas deve se estender às distintas narrativas da identidade (MARRAMAIO, 2011, p. 75-6), é importante conhecer as experiências de distintas mulheres que se submetem a abortamentos clandestinos, como forma de compreender os distintos significados do aborto assume da perspectiva real de mulheres concretas – para além das generalizações retóricas e estereótipos. O processo decisório do abortamento não é uma decisão imediata, inconsequente e indiferente à vida.

O contexto de ilegalidade do aborto no Brasil, evidentemente, dificulta o acesso às mulheres que praticaram abortos para conhecer e retratar suas experiências; dessa forma, a maior parte dos estudos é “realizada à beira do leito, isto é, com mulheres internadas para a finalização de um aborto incompleto [...]. Regra geral, a pesquisadora é também a médica ou a enfermeira que assiste a mulher em situação de aborto, profissões cujo dever de sigilo se sobreporia à atividade de pesquisa” (DINIZ; MEDEIROS, 2012, p. 1672). Os estudos

apresentados são, em geral, qualitativos, e seus resultados não podem ser extrapolados para além das populações pesquisadas; no entanto, uma amostragem ilustrativa das experiências com o abortamento é suficiente para a finalidade exemplificativa da presente seção, que busca desconstruir generalizações a partir do critério da diferença.

Uma primeira questão interessante que surge da análise de retratos das experiências das mulheres com o aborto induzido é a seguinte: *os mesmos conflitos éticos e morais debatidos institucionalmente no Legislativo e no Judiciário são vivenciados individualmente pelas mulheres*. Um estudo quantitativo realizado com 147 mulheres¹⁰² hospitalizadas em decorrência do aborto provocado numa Maternidade Pública de Salvador – numa unidade da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia que é referência para atendimento às mulheres no período reprodutivo –, com base na abordagem estrutural da Teoria das Representações Sociais, apontou que “o núcleo central da representação de mulheres sobre o aborto provocado está ancorado na sua vivência e nos valores e conceitos construídos a respeito do mesmo. [...] Assim, as palavras que compõem o núcleo central são: dor, tristeza, crime, situação de cada um, culpa, arrependimento, morte, pecado e coragem” (PÉREZ *et al.*, 2013, p. 738). Segundo o estudo, as mulheres que provocaram abortos estavam cientes dos riscos e do sofrimento que poderiam enfrentar, mas mesmo assim abortaram em função de questões como a situação econômica, violência doméstica, idade jovem, despreparo, outros planos para o futuro, ausência de parceiro, etc. (PÉREZ *et al.*, 2013, p. 739). O crime e o pecado aparecem como elementos centrais na qualificação que as mulheres fazem do aborto provocado; ao contrário do que se pode pensar, as mulheres não fazem o aborto por mero capricho ou conveniência, mas vivenciam individualmente todos os dilemas éticos presentes nas discussões políticas sobre o aborto, e tomam uma decisão que não é corriqueira ou isenta de sofrimento:

E eis o dilema: ficar com o filho, fruto de uma gravidez indesejada, ou provocar o aborto? Nenhuma destas alternativas seria uma saída isenta de sofrimento para as mulheres que se veem sozinhas, tendo que optar entre duas soluções, nenhuma das quais satisfatória, e de forma solitária, elas, enfim, tomam uma decisão. Ao se decidirem pelo aborto provocado, as mulheres começam a experimentar diversos sentimentos: dor, arrependimento, culpa, morte, tristeza, entre outros. O processo do abortamento é, para a maioria das mulheres, doloroso e desconfortável, sendo que fatores emocionais podem influenciar a percepção da dor (PÉREZ *et al.*, 2013, p. 739).

¹⁰² Segundo as autoras, “os sujeitos do estudo caracterizam-se, predominantemente, por serem mulheres jovens, negras e de baixa escolaridade; vivem maritalmente, são trabalhadoras domésticas sem remuneração, dependem economicamente do marido/companheiro; tiveram uma ou duas gestações, partos e/ou filhos, tendo realizado o aborto pela primeira vez; sendo a situação econômica, a violência doméstica, a idade jovem e o fato de atrapalhar planos para o futuro os motivos mais alegados para a prática do aborto” (PÉREZ *et al.*, 2013, p. 738).

O conflito vivido por uma mulher que deve decidir se pode ou se deve induzir um abortamento coloca à prova seu senso moral: “decidir-se por induzir um abortamento implica em juízo ético de valor, através do qual se enunciam que atos, sentimentos, intenções e comportamentos são condenáveis ou incorretos do ponto de vista moral” (PEDROSA; GARCIA, 2000, p. 55). Em estudo qualitativo realizado na Unidade de Obstetrícia de um hospital público João Pessoa – PB, em que se realizaram entrevistas com mulheres¹⁰³ com o diagnóstico de abortamento incompleto e submetidas a curetagem uterina, concluiu-se que o aborto “representou para as mulheres um dilema entre a convicção de que era uma conduta moralmente incorreta e a convicção de que as circunstâncias de vida em que ocorrera a gravidez não lhes permitiria ter o filho sozinha e responsabilizar-se por ele” (PEDROSA; GARCIA, 2000, p. 55). Os resultados desse estudo, embora não possam ser extrapolados para além da população pesquisada, dão um indício interessante sobre possíveis motivos pelos quais a criminalização do aborto é inócua em dissuadir a conduta. Os dilemas morais vividos pelas mulheres desse estudo específico não decorriam precipuamente da circunstância de que o aborto é criminalizado – como se a única coisa separando uma mulher indiferente à gestação e o aborto fosse o temor da repressão do Estado. O conflito ético estava mais relacionado com a violação de normas morais de conduta nas quais elas foram socializadas: os medos verbalizados pelas mulheres se relacionavam menos com a criminalização do que diziam respeito à morte, a uma possível infertilidade futura e ao julgamento moral dos familiares, de pessoas significativas e dos profissionais que as atenderiam (PEDROSA; GARCIA, 2000, p. 57). De acordo com as autoras, em alguns casos mulheres negaram a normatividade social vigente ao praticarem o aborto (o que era, para elas mesmas, uma conduta incorreta do ponto de vista moral), paradoxalmente, porque “essa conduta podia representar para elas a maneira mais radical de recuperação de sua integridade moral/social potencialmente afetada pela gravidez inoportuna e indesejada, possibilitando que se apresentassem daí por diante como se não houvessem transgredido” (PEDROSA; GARCIA, 2000, p. 56). No dilema ético das entrevistadas, as consequências sociais de uma gravidez inoportuna, fora do casamento ou na juventude, que penaliza socialmente a mulher, jogaram papel central.

¹⁰³ Segundo as autoras, “a amostra ficou constituída por nove mulheres, cujas idades situavam-se entre 15 e 26 anos. Oito delas eram solteiras e uma separada judicialmente há dois anos. Todas pertenciam à religião católica, embora se classificassem como não praticantes. Tinham escolaridade entre 1º grau incompleto e 2º grau completo. Quanto à ocupação, quatro eram estudantes, uma era promotora de vendas, uma secretária (desempregada, no momento) e duas eram do lar. Dentre as nove, sete eram primigestas e duas tercigestas com dois filhos vivos. As nove mulheres afirmaram que aquela havia sido a primeira experiência com a prática do abortamento” (PEDROSA; GARCIA, 2000, p. 51).

Em um estudo realizado com funcionárias e alunas de graduação de uma universidade paulista¹⁰⁴, por meio de questionário autorrespondido e pré-testado, constatou-se que, frente a uma gravidez indesejada, não só a mulher precisava sentir que tem uma justificativa muito forte para levar adiante sua intenção de abortar, como que, dentre as mulheres que já haviam abortado, a maior parte delas se sentiu mal emocional e/ou fisicamente (COSTA et al., 1995, p. 95). Segundo as autoras, os resultados da pesquisa “contradizem aqueles que acusam as mulheres que recorrem ao aborto ou pensam em fazê-lo de serem pessoas frias e insensíveis. Ao contrário, os resultados apresentados revelam o aborto como algo que as sensibiliza profundamente, fazendo-os sofrer física e emocionalmente” (COSTA et al., 1995, p. 103).

O processo decisório pelo aborto envolve, da parte de muitas mulheres, *uma ponderação explícita sobre a vida intrauterina – sobre, inclusive, se nas etapas iniciais da gestação um embrião pode ser considerado uma “vida”*. Santos e Brito (2014) buscaram compreender o processo decisório da interrupção da gestação, a partir de entrevistas realizadas com as mulheres pesquisa interpretativa e qualitativa realizada de março a agosto de 2013, com 19 mulheres¹⁰⁵ internadas em decorrência de aborto numa maternidade-escola localizada em Natal, Rio Grande do Norte. As autoras observaram que a confirmação diagnóstica da gestação demarca o início do processo decisório do aborto, fazendo emergir nas mulheres diversas reflexões sobre as vantagens e desvantagens em dar continuidade à gestação e sobre suas condições de vida – não se tratando, assim, de uma decisão impulsiva, como muitas vezes se retrata (SANTOS; BRITO, 2014, p. 1299). Os relatos exemplificam a noção de que o aborto é visto como moralmente mais grave quando a gestação já está mais avançada: embora a

¹⁰⁴ Segundo as autoras, “a população-alvo do estudo foi constituída de todas as funcionárias (7359) e alunas de graduação (2231) de uma universidade paulista. Os dados foram obtidos por meio de um questionário auto-respondido, pré-testado em amostra de alunas de graduação e funcionárias de uma das faculdades. Junto com o questionário foram distribuídos uma carta explicando a pesquisa e um envelope carta-resposta comercial para a devolução do questionário. A distribuição desse material às funcionárias foi responsabilidade das chefias de cada departamento. As alunas receberam-no no ato da matrícula para o segundo semestre. Não foi pedida nenhuma informação que permitisse identificar quem respondeu ao questionário, garantindo, assim, o sigilo. Foram recebidos 1987 questionários respondidos pelas funcionárias (27%) e 937 pelas alunas (42%), o que correspondeu à amostra espontânea” (COSTA et al., 1995, p. 98).

¹⁰⁵ Segundo as autoras, “a idade das participantes do estudo variou entre 20 e 44 anos, com predomínio da faixa etária entre 26 e 30 anos. Tratando-se da etnia, nove entrevistadas declararam-se pardas, oito brancas e uma negra. Oito informaram ser católicas, seis evangélicas, três não seguiam nenhuma religião, porém afirmaram acreditar em Deus e duas mencionaram não ter crenças religiosas. Quanto ao estado civil, a maioria declarou-se solteira, contudo, afirmou vivenciar um relacionamento amoroso estável. Relativo ao grau de escolaridade, majoritariamente, as mulheres declararam ter ensino médio completo. Quanto à ocupação, a maioria inseria-se no mercado formal de trabalho, predominando as atividades no setor de serviços, como comércio. Concernente à renda familiar, considerando o salário mínimo equivalente a R\$ 678,00 (2013), observou-se predomínio de valores entre 1 e 3 salários mínimos. Sobre os dados gineco-obstétricos, 13 mulheres tinham, pelo menos, um filho. Todas declararam fazer uso de algum contraceptivo, sendo os anticoncepcionais orais e injetáveis os mais citados.” (SANTOS; BRITO, 2014, p. 1297).

realização de ultrassonografia muitas vezes serve como elemento dissuasivo da realização do aborto, na medida em que contribui para a personificação do feto ou do embrião¹⁰⁶, nos discursos de algumas entrevistadas, o ultrassom foi imperativo no processo decisório, pois “ao tomarem conhecimento do pouco tempo de gestação e identificarem nas imagens produzidas pelo exame apenas uma ‘mancha’ ou ‘pintinha’, e não algo semelhante a uma pessoa, algumas participantes estabeleceram em seu imaginário a inexistência de vida e foram imbuídas de coragem para provocar o aborto”; a questão, no entanto, é complexa, pois outras entrevistadas “preferiram não realizar o exame ultrassonográfico por medo de perderem a coragem de persistir no itinerário do aborto” (SANTOS; BRITO, 2014, p. 1300–1). Em qualquer caso, as mulheres relataram que a tomada de decisão pela realização de um aborto foi acompanhada de reflexão da mulher consigo mesma e de sofrimento:

Apesar de a ideia de realizar tal ato ter surgido, para a maioria das entrevistadas, no mesmo instante em que se descobriram grávidas, destaca-se ter existido um tempo necessário – que variou entre elas–, de reflexão sobre essa conduta, ponderando todas as consequências de sua escolha. É senso comum associar a prática abortiva a uma atitude isenta de aflição e sofrimento, idealizando a imagem daquela que realiza esse ato como alguém desprezada e livre de padrões morais. Contudo, os discursos revelaram a angústia como um dos sentimentos mais presentes nesse momento de decisão. Possivelmente, isso está relacionado ao fato de ser o primeiro instante em toda a trajetória do aborto em que há ruptura das regras morais, religiosas e legais, gerando ambiguidades e emoções controversas (SANTOS; BRITO, 2014, p. 1306).

Alguns estudos relatam casos de aborto em contextos de violência doméstica, demonstrando que *muitas vezes, a interrupção de uma gestação pode ser, para a mulher, uma questão de vida ou morte*; há situações em que a interrupção da gravidez é imprescindível para que a mulher possa viver uma *vida digna*, e essas situações não estão contempladas pela legislação penal. A violência doméstica é um problema alarmante no Brasil. Nos termos do art. 1 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), entende-se por violência contra a mulher “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”, conceito que, nos termos do art. 2, abrange a violência física, sexual e psicológica “ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha

¹⁰⁶ Nos Estados Unidos, a legislação dos estados da Louisiana, do Texas e do Wisconsin exigem que as clínicas que realizam abortos façam exames de ultrassom em todas as mulheres que querem abortar, estando os provedores obrigados a mostrar e descrever as imagens para as mulheres; em outros 10 estados, o ultrassom deve ser obrigatoriamente realizado, mas a mulher só vê as imagens se desejar. Ver o relatório de março de 2016 do Guttmacher Institute, disponível em <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/spibs/spib_RFU.pdf>, último acesso em 20/06/2016.

compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual”. Pesquisa realizada pelo DataSenado sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher apontou que, de cada 100 mulheres entrevistadas, 15 vivem ou já viveram algum tipo de violência doméstica, iniciada até os 19 anos de idade; dessas, apenas 40% denunciaram o agressor (74% das mulheres apontaram que o medo do agressor é o principal empecilho para a denúncia formal) – que, em 87% dos casos, eram os seus maridos e/ou companheiros (BRASIL, 2013). Em estudo qualitativo realizado em uma maternidade da rede pública estadual da cidade de Salvador no período de julho a setembro de 2008, com 17 mulheres internadas por aborto provocado e histórico de violência doméstica – em sua maioria adultas jovens, com ensino fundamental ou o segundo grau incompleto, autodeclaradas negras e pardas – constatou-se que “a afetividade dos companheiros se transformou a partir da descoberta e desenvolvimento da gravidez; [...] a gravidez aumentou os conflitos nas relações conjugais” (SOUZA; DINIZ, 2011, p. 744–5). Muitas vezes, embora a gravidez não tenha propriamente resultado de um estupro, a opção pelo aborto é tomada no contexto de relações de violência, das quais a mulher quer se afastar:

O estudo mostrou que as mulheres que vivenciaram aborto provocado convivem em relações familiares conflituosas, não trabalhadas e expressas pela ausência da busca pelo acordo para resolução construtiva dos problemas. Essa situação acaba gerando violência doméstica, manifestada de várias formas, tais como: abandono, privação de liberdade, manipulação afetiva e lesões corporais. Assim, no que se refere à convivência, as mudanças de relações afetivas por parte do companheiro aconteceram com a descoberta da gravidez, dando espaço para atos violentos, levando às mulheres a decidirem pelo aborto. A pesquisa assinalou o aumento da violência por parte do companheiro, no período da gestação. Vale ressaltar que o abortamento provocado é vivido de forma solitária pelas mulheres, já que o homem está presente em alguns casos, apenas na alta hospitalar pós-curetagem (SOUZA; DINIZ, 2011, p. 749).

Numa obra que reuniu depoimentos de mulheres processadas pela prática de aborto em Campo Grande, uma dessas mulheres, que foi efetivamente condenada, relatou o seguinte:

Eu conheci uma pessoa e durou dois meses o nosso relacionamento. Aí eu descobri que ele era psicopata e separei. Ele ficou ameaçando a mim e a minha família toda. Ameaçava de matar a minha família, de matar o meu irmão. Ele ia lá, dava tiro no portão de casa... ele foi na minha casa, deu um tiro no cadeado, entrou. A minha filha, na época, estava com 4 anos. Ele me violentou várias vezes. Fisicamente, psicologicamente.. Colocava o revólver na minha boca. Eu tinha que ceder, ou cedia, ou ele matava alguém. Fiz vários boletins de ocorrência, mais de 12, mas nunca deu em nada. Atribuo isso ao dinheiro que ele tinha. Eu fiz o aborto por desespero total. Tinha medo de minha filha ficar sem mãe. Agora me sinto humilhada com essa pena (SYDOW; GALIL, 2011, p. 8–9).

A análise dos retratos das experiências das mulheres com o aborto induzido mostra que a tomada de decisão em relação ao aborto é em geral difícil, ponderada e dolorosa; que os mesmos conflitos éticos e morais debatidos institucionalmente no Legislativo e no Judiciário são vivenciados individualmente pelas mulheres; e que o processo decisório pelo aborto envolve, da parte de muitas mulheres, uma ponderação explícita sobre a vida intrauterina.

7.2 Dignidade humana como direito à diferença: autonomia e liberdade de crença

Como vimos no primeiro capítulo, o princípio da dignidade humana é tradicionalmente pensado a partir do polo da identidade, como o “tecido que mantém a família humana unida (BARROSO, 2013, p. 74) ou “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2001, p. 60). A dignidade da pessoa humana é, a partir de noções kantianas, tida como o respeito devido a toda e qualquer pessoa em função *daquilo que elas têm em comum enquanto hipotéticos seres racionais*: o parâmetro objetivo para aferição da universalidade de uma máxima de ação é a existência de outras pessoas abstratas, que devem ser *pressupostas* enquanto capazes de autodeterminar as suas condutas para a formulação do juízo de ação em primeiro lugar (2003, p. 83). A dignidade humana, nesses termos, é assimilada a uma liberdade inteligível para além do espaço e do tempo, e, segundo Habermas, “o próprio propósito do caráter jurídico dos direitos humanos é perdido, a saber, que eles protegem uma dignidade humana que deriva suas conotações do autorrespeito e do reconhecimento social de um *status* no espaço e no tempo – aquele da cidadania democrática” (2010, p. 475).

Os discursos legislativos e jurisdicionais que justificam a criminalização do aborto em nome da proteção da dignidade do feto estão baseadas em metáforas que, entre argumentos biológicos e religiosos, desenham o embrião e o feto enquanto parte dessa essência comum da humanidade. Não se trata de um posicionamento que se possa considerar *equivocado*. Há quem veja no embrião, dada sua particular conformação genética, uma já-pessoa, autônoma, que merece desde o momento de sua formação inicial a mesma proteção de que gozamos todos os demais. Há, por outro lado, quem veja no embrião em seus estágios iniciais apenas um amontoado de células desprovido de sensibilidade e de vontade. Há incontáveis posicionamentos intermediários. Nenhuma desses posicionamentos é “científico” porque nenhum deles é *verificável*. Como vimos, as ações legislativas que buscam proteger valores

socialmente compartilhados podem ser legítimas, inclusive no que diz respeito à proteção do valor da vida. A questão central é que a criminalização do aborto nos estágios iniciais de gestação, a título de proteção da vida, impõe às mulheres um dever de respeito a noções particulares sobre vida e dignidade que, se são válidas *a priori*, num nível mais elevado de abstração, em muitos casos concretos podem se tornar fonte primária de violência contra a mulher, de privação de direitos fundamentais e até mesmo de vida ou morte.

A análise dos retratos das experiências das mulheres com o aborto induzido mostra três questões centrais: (i) ao contrário do que se pode pensar, as mulheres não fazem o aborto por mero capricho: a decisão é em geral difícil, ponderada e dolorosa; (ii) os mesmos conflitos éticos e morais debatidos institucionalmente no Legislativo e no Judiciário são vivenciados individualmente pelas mulheres – que, afinal, também são socializadas a partir dos nossos códigos religiosos e culturais; e (iii) processo decisório pelo aborto envolve, da parte de muitas mulheres, uma ponderação explícita sobre a vida intrauterina – sobre, inclusive, se nas etapas iniciais da gestação um embrião pode ser considerado uma “vida”. A decisão pela realização de um aborto não denota um desprezo pela vida; é antes tanto mais complexa justamente porque o respeito à vida é um valor socialmente compartilhado. As mulheres podem recorrer ao aborto por motivos variados, como uma situação de violência doméstica ou o temor da repressão familiar; em muitos casos, que a interrupção da gravidez é imprescindível para que a mulher possa viver uma vida digna, e essas situações não estão contempladas pela legislação penal.

A perspectiva de que o embrião e o feto, desde a concepção, devem ser protegidos, é válida e é, inclusive, compartilhada por mulheres que abortam. O problema é a generalização dessa perspectiva, no que diz respeito ao aborto, *a priori*, por intermédio da legislação penal, sem admitir exceção. Aqui, a pretexto de proteger a vida humana em sentido objetivo ou a vida desde a concepção, a lei passa a violar inúmeros direitos fundamentais, em especial a dignidade das mulheres, entendida como o direito ao reconhecimento da autonomia moral e da capacidade de autodeterminação a partir do critério da diferença. Como trabalhamos no primeiro capítulo, a dignidade humana protege uma dimensão de autonomia que não decorre da identidade de todos os homens enquanto seres racionais, mas da violação da autonomia em sua dimensão social: da ausência de reconhecimento de pessoas ou grupos em função de suas diferenças, em um ambiente em que aspectos e pontos de vista morais já se encontram institucionalizados. A dignidade das mulheres é violada na medida em que a institucionalização abstrata e coercitiva do ponto de vista de acordo com o qual o aborto é sempre ou quase sempre moralmente inaceitável nega que cada mulher tem plena capacidade, enquanto sujeito autônomo, de lidar

com essas questões complexas por conta própria, a partir da sua própria realidade. A luta das mulheres pelo direito ao aborto é uma luta por reconhecimento de igual dignidade numa comunidade democrática. Por mais que poucas pessoas neguem que a vida humana tem um valor intrínseco e que a vida deve ser protegida sempre que possível, a ponderação entre essa regra e todas as suas possíveis exceções não pode ser resolvida de antemão; só pode ser feita a partir da perspectiva da própria mulheres, quando se encontram diante da difícil escolha sobre a interrupção de uma gestação. O direito de livre planejamento familiar, vedada qualquer forma de coerção estatal, é expressamente previsto no texto constitucional, em seu art. 226, §7º.

No capítulo anterior, vimos que não há consenso possível sobre inúmeras variáveis envolvidas na questão do aborto. A defesa de que o embrião ou o feto são pessoas humanas é um ponto de vista dentre outros válidos e a questão do “início da vida” não é algo que possa ser resolvido pela ciência. São questões éticas de ampla profundidade que cada pessoa deve ter a oportunidade de enfrentar por conta própria. Lembrando Habermas, ainda que razões éticas se encontrem inevitavelmente impregnadas na legislação democrática, não se pode impor determinada crença particularista ao custo da violação de direitos fundamentais – inclusive da liberdade de crença. O direito de “liberdade de crença” (art. 5º, VI, CRFB) inclui não apenas a liberdade religiosa, mas também a liberdade de *não crer*, em todas as suas formas. Como sugeriu a Deputada Marta Suplicy, em seu voto na PEC 25/95:

Como parlamentar, penso que nossa atuação legislativa tem como base nossas convicções pessoais. Mas estas, quando referentes a posições e pontos de vista não-universais, religiosos e morais, não podem se sobrepor à tolerância da diversidade e aos princípios mais elementares de uma sociedade democrática e plural, onde a lei é feita para todos e não pode ser instrumento para estabelecer a ditadura de opiniões ou descaracterizar o laicismo do Estado (1995, p. 24-25).

7.3 Direito à vida, à saúde, à integridade física

A Organização Mundial de Saúde (OMS), no preâmbulo de seu ato fundador de 1946, definiu a saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”. A prática do aborto provocado é reconhecida oficialmente como problema de saúde pública desde a década de 1990, quando foram realizados, pela ONU, fóruns no intuito de discutir os direitos das mulheres como direitos humanos. Dentre eles, a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (1994),

no Cairo – em que houve o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos –, e a IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), em Pequim, se destacaram por requererem dos países signatários atenção especial ao aborto, tendo sido solicitada, inclusive, a revisão das leis proibitivas a esse respeito. O Brasil assinou a plataforma de ação da IV Conferência, comprometendo-se a “revigorar o seu compromisso com a saúde da mulher, a tratar os efeitos sobre a saúde dos abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública e a reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar” (item 106.k). O Brasil é ainda signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, cujo art. 4º proclama o direito de toda mulher a que se respeite sua integridade física, mental e moral, garantia igualmente assegurada pelo Pacto de São José da Costa Rica” (2015, p. 5).

Segundo dados oficiais do Ministério da Saúde de 2006, o aborto clandestino é a causa de 11,4% das mortes maternas e 17% do total de mortes por razões obstétricas (BRASIL, 2009). Ainda segundo dados do Ministério da Saúde, em países onde as mulheres têm acesso a serviços seguros para o abortamento realizado com métodos modernos, suas chances de morrer em decorrência do procedimento não são maiores do que uma para cada 100 mil procedimentos; em países em desenvolvimento, por outro lado, o risco de morte por complicações de procedimentos de abortamento inseguro é várias vezes mais alto (BRASIL, 2012, p. 14). Em pesquisa sobre os itinerários e métodos do abortamento ilegal em cinco capitais brasileiras, as mulheres entrevistadas descreveram três métodos principais, após não terem funcionado os chás e preparos¹⁰⁷: o uso do Cytotec – que, para tanto, deve ser adquirido clandestinamente; o recurso a clínicas privadas – cuja principal barreira é financeira; e o recurso às “casas de aborteiras”, também chamadas de “clínicas de fundo de quintal”,

um espaço nebuloso em que práticas de alto risco são realizadas e repletas de segredo. Diferentemente das clínicas privadas, as casas das aborteiras estão escondidas nas periferias, em locais só conhecidos pela geografia da comunidade. A senhora aborteira é uma mulher idosa, descrita como uma “enfermeira de hospital”, o que sugere que ela tenha conhecimentos para além dos tradicionais. A típica casa da aborteira reserva um quarto para o atendimento das mulheres, cujos apetrechos são a sonda, o lubrificante e uma bacia. As mulheres descrevem os locais como sujos, escuros e sem proteção. Três mulheres, duas de Porto Alegre e uma de Salvador, fizeram uso exclusivo da casa da aborteira, sem nenhum método combinado: duas eram negras, com

¹⁰⁷ Segundo os autores, a etapa em que são utilizados chás, líquidos e ervas “permite uma negociação moral liminar entre práticas para descer a regra e abortar. É a aplicação vaginal do cytotec o que demarca a fronteira entre as práticas regulatórias da menstruação e o aborto” (DINIZ; MEDEIROS, 2012, p. 1678).

ensino fundamental, 15 e 16 anos; a outra era branca, com filho, ensino fundamental, e tinha 18 anos. A adolescente negra descreve o instrumento utilizado pela senhora aborteira como um “ferro abortivo, um tipo de pegador de macarrão que ela colocou na minha vagina” (DINIZ; MEDEIROS, 2012, p. 1679).

Já em 1991 a questão do direito ao aborto e a questão da saúde eram debatidas no Congresso. No Projeto de Lei nº 1135/1991, os autores chamaram atenção para as altas taxas de mortalidade materna existentes no Brasil, em parte decorrentes da realização de abortos em condições pouco sanitárias e seguras. Segundo eles, “é absolutamente desnecessário e desumano querer aplicar penalidade a uma pessoa que já foi forçada a submeter-se a tamanha agressão”, pois “a gestante, quando provoca aborto em si mesma ou consente que outro o faça, está tomando uma providência extrema que a violenta física, mental e, com frequência, moralmente” (1991).

Em seu voto na ADPF 54, o Ministro Marco Aurélio lembrou que do ponto de vista da saúde da mulher, *toda gestação gera riscos* (2012, p. 60). Daniel Sarmiento chama atenção para o fato de que o risco à saúde não constitui hipótese de aborto autorizada pela legislação; nesse quadro, o direito à saúde das gestantes é lesionado quanto elas “são obrigadas a levar a termo gestações que representam risco ou impliquem em efetiva lesão à sua saúde física ou psíquica” (2005, p. 70). Segundo ele,

tanto a dimensão negativa como a positiva do direito à saúde são mobilizados na questão da proibição geral do aborto. A dimensão negativa entra em cena, por exemplo, quando se verifica que a proibição do aborto, sob ameaça de sanção penal, em casos que envolvam riscos à saúde física ou psíquica da gestante, constitui lesão a este direito. Para cessar a ofensa, é preciso limitar o Estado, proibindo-o de agir contra as gestantes e profissionais de saúde enquadrados nesta situação. E a dimensão positiva vem à baila quando se percebe que seria insuficiente apenas remover a interdição legal ao aborto dentro de certos casos, para eliminação dos riscos envolvidos na realização de procedimentos clandestinos pelas gestantes. Sem a garantia da realização dos procedimentos médicos necessários no sistema público de saúde. As mulheres pobres continuariam sujeitas aos mesmos riscos, já que, pela falta de recursos, não teriam acesso à rede sanitária privada (SARMENTO, 2005, p. 72).

A criminalização irrestrita do aborto a título de proteção da “vida em sentido objetivo”, nesse quadro, é inconstitucional porque todos os dados mostram que ela se dá ao custo do sacrifício da vida e do direito à saúde de mulheres concretas. Tanto o direito à vida quanto o direito à saúde possuem uma dimensão negativa, enquanto direitos de proteção, na medida em que impõe ao Estado o dever de se abster de praticar condutas diretamente impactantes na saúde pública e individual. As altas taxas de mortalidade e de complicações decorrentes de abortos inseguros são, nesse quadro, consequência direta da atuação do Estado: se é verdade que o

aborto seguro exige a instalação de serviços públicos adequados, antes que isso seja possível a criminalização interdita a realização de toda e qualquer política pública efetiva e universal sobre aborto fora das hipóteses previstas em lei.

7.4 Direito ao aborto e igualdade

Nenhum método anticoncepcional é absolutamente seguro¹⁰⁸ e nenhuma gravidez indesejada decorre da atuação isolada da mulher, mas é necessariamente consequência de uma relação sexual entre um homem e uma mulher. Muitas vezes, inclusive, as mulheres têm dificuldade em negociar com os parceiros o uso de camisinha, o que pode ser atribuído ao poder exercido por eles na relação afetivo-sexual (SILVA *et al.*, 2011). Os ônus decorrentes de uma gravidez indesejada, no entanto, não estão igualmente distribuídos entre os sexos. Para o homem, a solução pode ser simples: deixar a mulher à sua própria sorte. As mulheres, por outro lado, têm sobre seus ombros o duplo encargo da gestação: se, por um lado, optam por ter o filho, poderão ter de arcar sozinhas com o trabalho material e com os custos financeiros envolvidos na criação de um filho; se, por outro lado, quiserem interromper a gestação, terão de colocar suas próprias saúdes em perigo, submetendo-se aos riscos criados pela clandestinidade da prática do aborto.

Com a criminalização do aborto e com a conseqüente privação da mulher de meios legítimos para controlar o seu destino, o Estado legitima e naturaliza uma economia de distribuição desigual do trabalho reprodutivo, agindo diretamente em prol da manutenção da assimetria de poder existente entre homens e mulheres na sociedade. O fato de que o homem não desejava a criança é uma razão comumente apontada enquanto motivadora da realização de um aborto (PEDROSA; GARCIA, 2000; SANTOS; BRITO, 2014). Para o homem, o trabalho reprodutivo é sempre uma opção. Para a mulher, no entanto, nos termos da legislação penal, é um “destino natural” impingido pelo poder coercitivo do Estado:

As condições de vida de mulheres e homens não são produtos de um destino biológico, mas, sim, fruto de construções sociais que têm como base material o trabalho e se exprimem através de uma divisão social do trabalho entre os sexos. Essa divisão sexual do trabalho reflete o fato que a maioria dos homens

¹⁰⁸ No estudo qualitativo realizado para identificar os processos decisórios do aborto provocado por mulheres em uma maternidade-escola localizada em Natal/RN que citamos acima, todas as 19 mulheres internadas em decorrência de abortos afirmaram que faziam uso de métodos anticoncepcionais (SANTOS; BRITO, 2014, p. 1298).

exerce suas atividades no mercado de trabalho capitalista (o chamado "trabalho produtivo") e as mulheres dividem seu tempo "naturalmente" entre a produção de mercadorias fora de casa e a realização das tarefas domésticas relativas aos cuidados da família (o dito "trabalho reprodutivo"). O trabalho reprodutivo tem um grande significado para o bem-estar do ser humano. Porém, como não tem caráter mercantil, é ignorado pelas ciências econômicas e desvalorizado pela sociedade, que dele depende para se reproduzir. Assim, a divisão sexual do trabalho está no cerne da argumentação do pensamento feminista sobre as diferenças entre o papel feminino e o masculino (MELO; CASTILHO, 2009, p. 137).

Uma análise dos direitos reprodutivos efetivamente baseada na igualdade de gênero deve, assim, reconhecer o fato de que a organização social da reprodução exerce um papel determinante na definição do status e do bem-estar das mulheres. Nessa conjuntura, a limitação da autonomia das mulheres materializada na criminalização do aborto agrava as diferenças de gênero, pois restringe a autonomia corporal e as oportunidades de vida das mulheres em virtude de suas relações de índole sexual ou de maternidade, em um contexto em que a autonomia dos homens não é restringida da mesma forma (SIEGEL, 2010, p. 277). A diferenciação de papéis nas tarefas relativas à maternidade e à paternidade tem consequências econômicas adversas para as mulheres. Os direitos reprodutivos, nesse contexto, devem defender o acesso das mulheres à contracepção e o recurso ao aborto, para garantir seu poder de dizer sim ou não ao sexo, dentro e fora do casamento (SIEGEL, 2010, p. 282). A proibição do aborto impõe às mulheres um ônus que em nenhum contexto se exigiria que os homens suportassem.

A criminalização do aborto é ainda uma questão de igualdade de classe. O aborto é legalizado na maior parte do mundo ocidental. No país, diante do risco a que se submetem os profissionais de saúde dispostos a praticar abortos, o procedimento em condições adequadas é caro; assim, são sobretudo mulheres em situação vulnerável, negras e pobres, as que colocam suas vidas e saúdes em risco, submetendo-se a procedimentos clandestinos, perigosos e realizados sem as necessárias condições de higiene e segurança (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2005, p. 10; SOUZA, MILENA GOULART *et al.*, 2014). Para mulheres ricas que moram nos centros urbanos, a realização de um aborto seguro, em condições adequadas de assepsia e higiene, é acessível – seja pagando por uma equipe médica preparada dentro do país, seja, por exemplo, após as de 7 a 9 horas de duração da ponte aérea São Paulo-Miami. A criminalização do aborto produz diretamente uma situação material de desigualdade entre mulheres das classes mais altas e mulheres pobres.

7.5 Direito à privacidade e persecução penal

O Projeto de Lei nº 3673/2008, atualmente arquivado, de autoria do Deputado Pompeo de Mattos – que pretendia reduzir a pena para o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, foi uma das poucas vezes em que se associa explicitamente a questão do direito ao aborto com a questão do direito à privacidade. O caso concreto que motivou a propositura do projeto de lei ocorreu quando, em 13 de abril de 2007, a polícia de Mato Grosso do Sul, realizou busca e apreensão em uma clínica de planejamento familiar e confiscou os registros médicos das pacientes da clínica, que foram expostos por uma semana para consulta pública – em violação do direito à privacidade e à intimidade e com a quebra de confidencialidade e do sigilo médico (SOUSA, 2009, p. 94–8). Segundo o autor do Projeto de Lei, a apuração do crime de aborto difere substancialmente de todos os demais, pois, via de regra, o processo de investigação não invade a vida íntima ou privada dos acusados, principalmente, em questões amorosas, sexuais e familiares; no aborto, por outro lado, a investigação do fato está umbilicalmente ligada à invasão da vida privada da mulher, porque “se ela praticou aborto é porque fez sexo. E nada mais é íntimo e delicado, do que a vida sexual de cada um” (2008, p. 2). Segundo o autor, na forma com que a legislação se encontra,

a autoridade policial deve instaurar o inquérito policial e começar a investigar. Neste caso não há outra alternativa a não ser a invasão da vida da mulher na medida em que a autoridade pergunta sobre o crime e todas as suas circunstâncias. No caso, se a mulher nega, um direito constitucional que lhe assiste, complica ainda mais para ela, pois diante da negativa, a autoridade deve buscar provas contra a acusada ou suspeita. Para bem instruir o inquérito ouve testemunhas, namorado, amante, familiares (pai/mãe); interroga, qualifica, pregressa a mulher e até corre o risco de sujeitá-la ao constrangimento de comparecer no IML para fazer o exame de corpo de delito. E aí a vida da mulher fica totalmente exposta (2008, p. 3).

Evanize Sydow e Beatriz Galli documentaram as histórias de seis das cerca de 10 mil mulheres que realizaram aborto na clínica de Campo Grande, no Mato Grosso do Sul, além de duas profissionais de saúde que trabalhavam no local. Segundo as autoras, a criminalização “sujeita as mulheres a constrangimentos e exposição pública por parte de autoridades policiais, judiciais e da mídia, violando direitos e contribuindo para o estigma social” (SYDOW; GALIL, 2011, p. 7). Algumas mulheres relataram os constrangimentos por que passaram com a investigação criminal das suas vidas reprodutivas:

Foi uma coisa muito constrangedora porque na época que eu fiz, eu estava morando com a minha mãe, num bairro aqui, minha mãe mudou de casa e eles foram lá no endereço da minha mãe com aquele carro da polícia e aí a mulher

que estava na casa: “Olha, eu não sei onde está morando a senhora e nem a filha dela, mas a vizinha aqui ainda tem contato com a mãe dela”. Aí eles foram na casa da vizinha da mãe, que era super fofoqueira, curiosa até o último e aí ela deu o endereço da minha casa, deu, acho, que o telefone da minha casa. Ela falou assim: “Olha, estou aqui com o pessoal da justiça, eles querem entregar uma intimação para você.” Não falaram o que era. Falaram que era uma intimação. “Eles estão aqui, o que eu faço?” Eu falei: Não, pode dar o endereço aqui de casa, anota aí. Aí ela passou o meu endereço para eles e eles foram lá em casa levar, com aquele carrão da polícia. Os vizinhos ficaram todos olhando no portão, eu catei o negócio, entrei e aí fui ler tudo o que estava escrito lá, para eu comparecer (SYDOW; GALIL, 2011, p. 49).

Nesse quadro, a criminalização do aborto viola o direito à privacidade e à intimidade das mulheres, pois dá ensejo à instauração de *procedimentos inquisitórios públicos* sobre questões tão íntimas quanto o exercício da sexualidade feminina e sua autonomia reprodutiva.

7.6 Liberdade e responsabilidade

Como dar proteção legítima ao nascituro e ao feto, sem interditar a autonomia das mulheres e seus direitos fundamentais? A resposta parece estar na distinção fundamental entre conformidade e responsabilidade. Ainda que o Estado tenha interesse legítimo em proteger o valor intrínseco ou a inviolabilidade da vida humana, em um contexto político pluralista e por força do princípio da dignidade da pessoa humana, é inconstitucional que essa proteção se pretenda efetiva por meio da persecução de um objetivo de conformidade: da imposição coercitiva de uma concepção ética oficial no sentido de que um aborto invariavelmente insulta a vida humana, e por essa razão deve ser proibido. A esfera da responsabilidade é o espaço próprio, emoldurado pela Constituição, para que possa o legislador regulamentar o exercício do direito constitucional de autodeterminação reprodutiva sem que haja desrespeito aos direitos fundamentais e à própria dignidade da gestante: o reconhecimento de que as pessoas, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, têm o direito de se defrontar com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de respostas para suas próprias consciências e convicções, implica no dever correlato de responsabilidade moral sobre essas decisões, pois liberdade implica responsabilidade.

No âmbito da responsabilidade, não há a prévia imposição de uma solução uniformizante para o dilema ético subjacente à questão do aborto: parte-se do reconhecimento de que diferentes pessoas encontrarão distintas e igualmente válidas formulações, em cada caso, para a questão. No entanto, por meio de uma regulamentação focada na questão da

responsabilidade, o Estado pode proteger validamente a vida humana ao pretender que as decisões relativas ao aborto sejam tratadas como decisões de importância moral, que devem ser tomadas não por força de uma conveniência imediata, mas reflexivamente, após uma convicção ponderada. A lei francesa, por exemplo, permite o aborto nas doze primeiras semanas de gestação desde que a gestante esteja “estressada”: é a mulher quem decide por si própria se está ou não estressada, mas a mulher deve aceitar um aconselhamento. Dworkin comenta que, ao exigir que as mulheres se declarem estressadas, a linguagem da lei demonstra que o aborto por razões esdrúxulas ou por comodidade é condenável (2009, p. 88), bem como impõe a necessidade de que a decisão seja previamente discutida, sem retirar da esfera de autodeterminação da mulher a decisão final sobre a realização do procedimento.

Em alguns projetos de lei mais conservadores, se argumenta que as mulheres sofrem com estresse pós-aborto e que muitas se arrependem da decisão. No entanto, a única maneira de lidar com essas questões é tirando a prática da clandestinidade, de modo que as mulheres possam ser acolhidas por equipes multidisciplinares na rede pública de saúde – inclusive para que sejam adequadamente orientadas e tomem uma decisão mais informada. O Projeto de Lei 882/2015, por exemplo, que busca legalizar e regulamentar o aborto no Brasil, prevê que a gestante receba um conjunto de informações sobre a interrupção voluntária da gravidez, bem como que o procedimento seja realizado em até três dias. A criminalização torna inclusive, como citado algumas vezes no presente trabalho, muito difícil pesquisar e compreender a realidade do abortamento no Brasil. A criminalização é inócua em diminuir a incidência do aborto no Brasil, conforme demonstra ampla literatura. Se há um interesse real em prevenir o aborto – e não um interesse exclusivo em punir mulheres pelo que se toma por um desvio moral – o melhor caminho para essa prevenção é efetivamente compreender a realidade do abortamento no Brasil, entender os motivos que levam as mulheres a abortar e ataca-los *in loco* – e isso só será possível com o fim da clandestinidade.

CONCLUSÕES

O aborto é um tema polêmico, que suscita diversas paixões e sobre o qual há pouca esperança de que um dia seja alcançado algum tipo de consenso. No entanto, a dimensão do desacordo existente sobre determinada questão *não é o critério* que determina se deve, ou não, ser exercido o controle de constitucionalidade das leis. Não há democracia sem respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, cuja plena eficácia independe de mediação do Poder Legislativo.

Ao longo do trabalho, distintas compreensões sobre o “início da vida” e sobre a dignidade do embrião e do feto transitaram pelo trabalho. Muitas dessas compreensões são compartilhadas pelas mulheres que abortam. As mulheres não fazem o aborto por mero capricho: a decisão é em geral difícil, ponderada e dolorosa, e as mulheres enfrentam os mesmos conflitos éticos e morais debatidos institucionalmente no Legislativo e no Judiciário. A decisão pela realização de um aborto não denota um desprezo pela vida; é antes tanto mais complexa justamente porque o respeito à vida é um valor socialmente compartilhado. As mulheres podem recorrer ao aborto por motivos variados, como uma situação de violência doméstica ou o temor da repressão familiar; em muitos casos, a interrupção da gravidez é imprescindível para que a mulher possa viver uma vida digna, e essas situações não são reconhecidas pela legislação penal.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe, nesse quadro, o pleno reconhecimento das mulheres enquanto seres capazes de tomar suas próprias decisões morais: a institucionalização abstrata e coercitiva do ponto de vista de acordo com o qual o aborto é sempre ou quase sempre moralmente inaceitável nega que cada mulher tem plena capacidade, enquanto sujeito autônomo, de lidar com essas questões complexas por conta própria. A luta das mulheres pelo direito ao aborto é uma luta por reconhecimento de igual dignidade numa comunidade democrática. Por mais que poucas pessoas neguem que a vida humana tem um valor intrínseco e que a vida deve ser protegida sempre que possível, a ponderação entre essa regra e todas as suas possíveis exceções não pode ser resolvida de antemão; só pode ser feita a partir da perspectiva da própria mulheres que se encontram diante da difícil escolha sobre a interrupção de uma gestação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(a) Livros e periódicos

ALDANA, Myriam. Vozes Católicas no Congresso Nacional: aborto, defesa da vida. **Estudos Feministas** v. 16, n. 2, p. 639–646, 1 jan. 2008.

ALVAREZ, Sonia E. Advocating feminism: The Latin American Feminist NGO “Boom”. **International Feminist Journal of Politics** v. 1, n. 2, p. 181–20, 1 jan. 1999.

ALVAREZ, Sonia E. Em que Estado está o feminismo latino-americano? Uma leitura crítica das políticas públicas com “perspectiva de gênero”. In: FARIA, Nalu; SILVEIRA, Maria Lúcia; NOBRE, Miriam (Orgs.). **Gênero nas políticas públicas: impasses, desafios e perspectivas para a ação feminista**. São Paulo: SOF, 2000. p. 9–25.

ALVAREZ, Sonia E. Beyond NGO-ization?: Reflections from Latin America. **Development** v. 52, n. 2, p. 175–184, 2009.

ALVAREZ, Sonia E. *Conferência: Para Além da Sociedade Civil: reflexões do/sobre o campo feminista*. 24 mar. 2014, Auditório A104 – CAD II – Campus Pampulha, UFMG, Belo Horizonte. Auditório A104 – CAD II – Campus Pampulha, UFMG, Belo Horizonte: 24 mar. 2014.

ANJOS, Karla Ferraz Dos *et al.* “Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos”. **Saúde em Debate** v. 37, n. 98, p. 504–515, set. 2013.

ASSIS, Mariana Prandini Fraga. *Diversidade e Esfera Pública: Conexões possíveis - Um debate sobre reconhecimento no interior da Teoria Crítica*. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Belo Horizonte, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARSTED, Leila Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil: 10 anos de luta feminista. **Revista Estudos Feministas** v. 0, n. 0, 1992. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=38126508010>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BARSTED, Leila Linhares. O Reconhecimento dos Direitos Sexuais: Possibilidades e Limites. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra *et al.* Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia** v. 28, n. 1, p. 10–17, jan. 2006.

BIDASECA, Karina *et al.* Introducción. In: BIDASECA, Karina *et al.* (Orgs.). **Legados, Genealogías y Memorias Poscoloniales en América Latina: Escrituras Fronterizas desde el Sur**. Colección Crítica. Buenos Aires: Ediciones Godot, 2013. p. 5–15.

BIDASECA, Karina. “Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café”: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial. **Andamios. Revista de Investigación Social** v. 8, n. 17, p. 61–89, 2011.

BITENCOURT, Silvana Maria. A contribuição de teóricas feministas para os estudos de gênero. **Revista Ártemis** v. 0, n. 0, 2013. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/view/17356>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORSARI, Cristina Mendes Gigliotti *et al.* Aborto provocado em mulheres da periferia da cidade de São Paulo: vivência e aspectos socioeconômicos. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia** v. 35, n. 1, p. 27–32, jan. 2013.

BRASIL, Ministério da Saúde. **20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil**. [S.l.]: Ministério da Saúde (MS), 2009. Acesso em: 26 jan. 2016.978-85-334-1559-1.

BUTLER, Judith. **Excitable Speech: a politics of the performative**. New York, London: Routledge, 1997a.

BUTLER, Judith. **The Psychic Life of Power: Theories in Subjection**. Stanford: Stanford University Press, 1997b.

BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do “pós-modernismo”. **Cadernos Pagu** v. 0, n. 11, p. 11–42, 1998.

BUTLER, Judith. “Reescinificación de lo universal: hegemonia y límites del formalismo”. In: BUTLER, Judith; LACLAU, Ernesto; ZIZEK, Slavoj (Orgs.). **Contingencia, hegemonía y universalidad**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2003. p. 17–48.

BUTLER, Judith. **Undoing Gender**. New York, London: Routledge, 2004.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Tradução Renato Aguiar. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

BUTLER, Judith. “Nosotros, el pueblo”: apuntes sobre la libertad de reunión. In: BADIOU, Alan *et al.* (Orgs.). **¿Qué es un pueblo?** Tradução Cecilia González; Fermín Rodríguez. Buenos Aires: Eterna Cadencia, 2014. p. 47–68.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Monique França; IRIART, Jorge Alberto Bernstein; MENEZES, Greice Maria de Souza. “Largada sozinha, mas tudo bem”: paradoxos da experiência de mulheres na hospitalização por abortamento provocado em Salvador, Bahia, Brasil. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação** v. 17, n. 45, p. 405–418, jun. 2013.

CARNEIRO, Sueli. “Gênero e raça”. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (Orgs.). **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas: Editora 34, 2002. p. 167–194.

CARVALHO NETTO, Menelick De. “A contribuição do Direito Administrativo focado sob a ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”. **Revista TST, Brasília** v. 68, n. 2, p. 67–84, jun. 2002a.

CARVALHO NETTO, Menelick De. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisor nela previsto. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão** v. 9, jan. 2002b.

CARVALHO NETTO, Menelick De. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2004. p. 25–44.

CARVALHO NETTO, Menelick De; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007a.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria do direito e virada lingüística. **Revista da Faculdade de Direito da PUC Minas** v. 10, n. 20, p. 73–88, sem 2007b.

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012b.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. “Pensar Habermas para além de Habermas: a tese da relação interna entre Estado de Direito e Democracia em uma sociedade dita agora “pós-secular” na obra recente de Habermas - uma revisão?” In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes; ALVES, Adamo Dias. **Constitucionalismo e Teoria do Estado: ensaios de história e teoria política**. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. 6 v. p. 123–146.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. Breves considerações sobre a “Filosofia do Direito” de Hegel. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes; ALVES, Adamo Dias. **Constitucionalismo e Teoria do Estado: Esaios de História e Teoria Política**. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. 6 v. p. 11–28.

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

CECATTI, José Guilherme *et al.* Aborto no Brasil: um enfoque demográfico. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia** v. 32, n. 3, p. 105–111, mar. 2010.

CENCI, Angelo Vitório. Da ética do discurso à teoria do discurso. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (Orgs.). **Habermas e a Reconstrução: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana**. Campinas: Papyrus, 2012.

COACCI, Thiago. Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais brasileiros sobre homossexualidades, 1989 - 2012. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana** v. 0, n. 21, p. 53–84, 11 dez. 2015.

COACCI, Thiago. *DO HOMOSSEXUALISMO À HOMOAFETIVIDADE: discursos judiciais sobre as homossexualidades no STJ e STF de 1989 a 2012*. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Belo Horizonte, 30 jan. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORRÊA, Sonia. O percurso global dos direitos sexuais: entre “margens” e “centros”. **Revista Bagoas, UFRN** n. 4, p. 17–42, jul. 2009.

CORRÊA, Sonia; PARKER, Richard. “Sexuality, human rights, and demographic thinking: Connections and disjunctions in a changing world”. **Sexuality Research & Social Policy** v. 1, n. 1, p. 15–38, 2004.

COSTA, Alexandre Araújo. “Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin”. **Direito UnB** v. 1, n. 1, jun. 2014.

COSTA, Ana Alice Alcantara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Gênero** v. 5, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/380>>. Acesso em: 29 maio 2016.

COSTA, Claudia de Lima. “O sujeito no feminismo: revisitando os debates”. **Cadernos Pagu** n. 19, p. 59–90, 2002.

COSTA, Rosely G. *et al.* A Decisão de Abortar: Processo e Sentimentos Envolvidos. **Cadernos de Saúde Pública** v. 11, n. 1, p. 97–105, mar. 1995.

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

DAGNINO, Evelina. Confluência perversa, deslocamentos de sentido, crise discursiva. In: GRIMSON, Alejandro (Org.). **La cultura en las crisis latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2004. p. 195–216.

DERBYSHIRE, Stuart W. G. Fetal pain: do we know enough to do the right thing? **Reproductive Health Matters** PMID: 18772092, v. 16, n. 31 Suppl, p. 117–126, maio 2008.

DINIZ, Debora. A arquitetura de uma ação em três atos - Anencefalia no STF. **Direito.UnB - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília** v. 1, n. 2, p. 161–183, jul. 2014.

DINIZ, Debora *et al.* Aborto: 20 anos de pesquisas no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública** v. 25, n. 4, p. 939–942, abr. 2009.

DINIZ, Débora. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena. **Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro** v. 13, n. 2, p. 13–34, dez. 2003.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência & Saúde Coletiva** v. 15, p. 959–966, jun. 2010.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. **Ciência & Saúde Coletiva** v. 17, n. 7, p. 1671–1681, jul. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, v. 1**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1 v.

- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 568 p.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ENGSTROM, Stephen. **The Form of Practical Knowledge: A study of the Categorical Imperative**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- ESTÉVEZ, Ariadna. Por uma conceitualização sociopolítica dos direitos humanos a partir da experiência latino-americana. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** n. 86, p. 221–248, 2012.
- FALUDI, Susan. **Backlash: O contra-ataque na guerra não declarada contra as mulheres**. Tradução Mario Fondelli. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.
- FARIA, Cristiano Chaves De; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. V. 1.
- FARIA, Ester Correa Rodrigues De *et al.* Abortamento na adolescência: vivência e necessidades de cuidado. **Revista Gaúcha de Enfermagem** v. 33, n. 3, p. 20–26, set. 2012.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- FLEMING, Marie. Women and the “Public Use of Reason”. In: MEEHAN, Johanna (Org.). **Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse**. New York, London: Routledge, 1995. p. 117–138.
- FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: CALHOUN, Craig (Org.). **Habermas and the Public Sphere**. Cambridge, London: The MIT Press, 1992. p. 109–142.

FRASER, Nancy. What's Critical About Critical Theory? In: MEEHAN, Johanna (Org.). **Feminists Read Habermas: Gendering the Subject of Discourse**. New York, London: Routledge, 1995. p. 21–56.

FRASER, Nancy. Reframing justice in a globalizing world. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política** n. 77, p. 11–39, 2009.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. Tradução Joel Golb; James Ingram; Christiane Wilke. London, New York: Verso, 2003.

GALIL, Beatriz; VIANA, Paula; SHIRAIWA, Tizuko. **O Impacto da ilegalidade do abortamento na saúde das mulheres e na qualidade da atenção à saúde reprodutiva no Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: IPAS - AADS, 2010.

GALLEGO, Marisa; EGGERS-BRASS, Teresa; LOZANO, Fernand G. **Historia Latinoamericana, 1700-2005: sociedades, culturas, procesos políticos y económicos**. Buenos Aires: Editorial Maipue, 2006.

GILLIGAN, Carol. **In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development**. Harvard: Harvard University Press, 1982.

GIRARD, Françoise. Negociando derechos sexuales y orientación sexual en la ONU. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (Orgs.). **Políticas sobre sexualidad: Reportes desde las Líneas de Frente**. México: Sexuality Policy Watch, 2008. p. 347–398. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/espanol/book/pdf/sexpolitics.pdf>>.

HABERMAS, Jürgen. “Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”. **Estudos Avançados** v. 3, n. 7, p. 4–19, dez. 1989. Tradução Márcio Suzuki.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. **The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society**. Tradução Thomas Burger. Cambridge: The MIT Press, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

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

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.

HABERMAS, Jürgen. Apêndice a Facticidade e validação. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002b. p. 299–384.

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

HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement: some comments on “Interpretative Pluralism”. **Ratio Juris** v. 16, p. 187–194, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Truth and Justification**. Tradução Barbara Fultner. Cambridge: The MIT Press, 2003c. (Studies in contemporary german thought).

HABERMAS, Jürgen. “The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights”. **Metaphilosophy** v. 41, n. 4, p. 464–480, jul. 2010.

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

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012a. 1 v.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo: Sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012b. 2 v.

HAHNER, June E. **A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937**. Tradução Maria Thereza P. De Almeida; Heitor Ferreira Da Costa. São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Elements of the Philosophy of Right**. Tradução Hugh Barr Nisbet. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

HONNETH, Axel. **Sofrimento de Indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel**. Tradução Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

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

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

HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad: Esbozo de una eticidad democrática**. Tradução Graciela Calderón. Madrid: Katz Editores, 2014. (Ensayos).

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. **Os Pensadores - Vol. XLVIII**. São Paulo: Editora Abril, 1975. p. 125–163.

HORN, Norbert. Human Rights: Philosophical Foundations and Legal Dimensions. **XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 87–102.

JOÃO PAULO II, Papa. *Carta aos Bispos da Igreja Católica sobre a colaboração do homem e da mulher na Igreja e no mundo*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20040731_collaboration_po.html>. Acesso em: 5 jul. 2016.

JOEL, Daphna *et al.* “Sex beyond the genitalia: The human brain mosaic”. **Proceedings of the National Academy of Sciences** PMID: 26621705, v. 112, n. 50, p. 15468–15473, 15 dez. 2015.

JOHNSON, Pauline. Irreconcilable Differences? Habermas and Feminism. In: FREUNDLIEB, Dieter; HUDSON, Wayne; RUNDELL, John (Orgs.). **Critical Theory After Habermas**. Leiden, Boston: Brill, 2004. p. 104–132.

KANT, Immanuel. **The metaphysics of morals**. Tradução Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. (Texts in German Philosophy).

KANT, Immanuel. **Critique of Pure Reason**. Tradução Paul Guyer; Allen W. Wood. Cambridge: Cambridge University Press, 1998a. (The Cambridge edition of the works of Immanuel Kant).

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Tradução Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b. (Cambridge texts in the history of philosophy).

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. (Clássicos Edipro).

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KORPI, Piia. *The Notion of Gender as a Norm in Judith Butler’s Thought*. Joulukuu, 2009. Disponível em: <<http://tutkielmat.uta.fi/pdf/gradu04062.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2014.

LAURENTI, Ruy; JORGE, Maria Helena Prado de Mello; GOTLIEB, Sabina Léa Davidson. A mortalidade materna nas capitais brasileiras: algumas características e estimativa de um fator de ajuste. **Revista Brasileira de Epidemiologia** v. 7, n. 4, p. 449–460, dez. 2004.

LEAL, Ondina Fachel. “Levante a mão aqui quem nunca tirou criança!”: revisitando dados etnográficos sobre a disseminação de práticas abortivas em populações de baixa-renda no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva** v. 17, n. 7, p. 1689–1697, jul. 2012.

LEE, Susan J. *et al.* Fetal pain: a systematic multidisciplinary review of the evidence. **JAMA** PMID: 16118385, v. 294, n. 8, p. 947–954, 24 ago. 2005.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LOWERY, Curtis L. *et al.* Neurodevelopmental changes of fetal pain. **Seminars in Perinatology** PMID: 17905181, v. 31, n. 5, p. 275–282, out. 2007.

LUGONES, María. Colonialidad y género. **Tabula Rasa, Bogotá** v. 9, p. 73–101, jul. 2008.

LUNA, Naara. Fetos anencefálicos e embriões para pesquisa: sujeitos de direitos? **Revista Estudos Feministas** v. 17, n. 2, p. 307–333, ago. 2009.

LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico. **Religião & Sociedade** v. 33, n. 1, p. 71–97, 2013.

LUNA, Naara. Aborto no Congresso Nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico. **Revista Brasileira de Ciência Política** n. 14, p. 83–109, ago. 2014.

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** v. 103, n. 0, p. 183–204, 1 jul. 2011.

MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012. p. 127–156.

MARRAMAO, Giacomo. **La Pasión del Presente: Breve léxico de La modernidad-mundo**. Tradução Carlos Cuéllar. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2011.

MARRAMAO, Giacomo. **Pasaje a Occidente: filosofía y globalización**. Tradução Heber Cardoso. Buenos Aires: Katz Editores, 2006.

MARRAMAO, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença. 15 nov. 2007, PUC Minas, Belo Horizonte. **Anais...** PUC Minas, Belo Horizonte: [s.n.], 15 nov. 2007. Disponível em: <www.conpedi.org.br/arquivos/ciacomo_marrama.doc>. Acesso em: 18 jul. 2015.

MARTINS-MELO, Francisco Rogerlândio *et al.* Temporal trends and spatial distribution of unsafe abortion in Brazil, 1996–2012. **Revista de Saúde Pública** v. 48, n. 3, p. 508–520, jun. 2014.

MATOS, Marlise. Teorias de gênero ou teorias e gênero? Se e como os estudos de gênero e feministas se transformaram em um campo novo para as ciências. **Revista Estudos Feministas** v. 16, n. 2, p. 333–357, ago. 2008.

MATOS, Marlise. Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global? **Revista de Sociologia e Política** v. 18, n. 36, p. 67–92, jun. 2010.

MATOS, Marlise. O campo científico-crítico-emancipatório das diferenças como experiência de descolonização acadêmica. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe (Orgs.). **Teoria política e feminismo: abordagens brasileiras**. Vinhedo: Editora Horizonte, 2012. p. 47–103.

MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse. Os Feminismos latino-americanos e sua complexa relação com o Estado: debates atuais. **Mimeo** p. 1–17, 2012.

MAYORGA, Claudia; MAGALHÃES, Manuela de Souza. Feminismo e as lutas pelo aborto legal ou por que a autonomia das mulheres incomoda tanto? In: MAIA, Mônica Bara (Org.). **Direito de Decidir: múltiplos olhares sobre o aborto**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 141–170.

MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights. **The European Journal of International Law** v. 19, n. 4, p. 655–724, 2008.

MCFARLANE, Deborah R. Abortion. In: DARITY JR., William A.; SILLS, David L. (Ed.). **International encyclopedia of the social sciences (revised edition)**. Farmington Hills: Thomson Gale, 2008. p. 1–3.

MELLO, Fernanda Maria Bezerra De; SOUSA, Jailson Lopes De; FIGUEROA, José Natal. Magnitude do aborto inseguro em Pernambuco, Brasil, 1996 a 2006. **Cadernos de Saúde Pública** v. 27, n. 1, p. 87–93, jan. 2011.

MELO, Hildete Pereira De; CASTILHO, Marta. Trabalho reprodutivo no Brasil: quem faz? **Revista de Economia Contemporânea** v. 13, n. 1, p. 135–158, abr. 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Método, 2008. (Coleção Professor Gilmar Mendes, 9).

MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e Democracia. **Revista Estudos Feministas** v. 20, n. 3, p. 657–672, dez. 2012.

MOHANTY, Chandra T. Under western eyes: feminist scholarship and colonial discourses. **Boundary 2, Durham** v. 12, n. 3, p. 333–358, 1984.

MORAES, Alexandre De. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 320 p.

NEUMANN, Franz. A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** v. 109, p. 13–87, jul. 2014.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista brasileira de direito público: RBDP. Instituto de Direito Público da Bahia** v. 1, n. 3, p. 139–174, dez. 2003.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 67–74.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz. “Introdução – Reconstruindo Habermas: Etapas e Sentido de um Percurso”. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (Orgs.). **Habermas e a Reconstrução: sobre a categoria central da Teoria Crítica habermasiana**. Campinas: Papirus, 2012.

NUNES, Dierle *et al.* **Curso de Direito Processual Civil: Fundamentação e Aplicação**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Eleonora Menicucci De *et al.* Atendimento às mulheres vítimas de violência sexual: um estudo qualitativo. **Revista de Saúde Pública** v. 39, n. 3, p. 376–382, jun. 2005.

OLIVEIRA, Manfredo A. De. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

OSIS, Maria José D. *et al.* Dificuldades para obter informações da população de mulheres sobre aborto ilegal. **Revista de Saúde Pública** v. 30, n. 5, p. 444–451, out. 1996.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEDROSA, Ivanilda Lacerda; GARCIA, Telma Ribeiro. Não vou esquecer nunca!: a experiência feminina com o abortamento induzido. **Revista Latino-Americana de Enfermagem** v. 8, n. 6, p. 50–58, dez. 2000.

PÉREZ, Bárbara Angélica Gómez *et al.* Aborto provocado: representações sociais de mulheres. **Revista de Enfermagem da UERJ, Rio de Janeiro** v. 21, n. esp. 2, p. 736–742, dez 2013.

PILECCO, Flávia Bulegon; KNAUTH, Daniela Riva; VIGO, Álvaro. Aborto e coerção sexual: o contexto de vulnerabilidade entre mulheres jovens. **Cadernos de Saúde Pública** v. 27, n. 3, p. 427–439, mar. 2011.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

PITANGUY, Jacqueline. Mulheres, Constituinte e Constituição. In: ABREU, Maria Aparecida (Org.). **Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero**. Brasília: Ipea, 2011. p. 17–46.

PLATÃO. **Teeteto; Crátilo**. Tradução Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: Editora Universitária UFPA, 2001. (Platão - Diálogos).

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. Buenos Aires: CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000. p. 193–238.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta; Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE. **Dossiê Aborto: Mortes Preveníveis e Evitáveis**. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

REPA, Luiz Sérgio. Direito e Teoria da Ação Comunicativa. **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 55–72.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencefálicos. **Psicologia & Sociedade** v. 23, n. SPE, p. 63–7, 2011.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes; SPINK, Mary Jane Paris. Estratégias retóricas na controvérsia moral sobre a legalização do aborto: o caso da anencefalia no Brasil. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação** v. 16, n. 40, p. 35–52, mar. 2012.

RIBEIRO, Matilde. O feminismo em novas rotas e visões. **Estudos Feministas** v. 14, n. 3, p. 801–811, 2006.

ROCHA, Maria Isabel Baltar Da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. **Revista Brasileira de Estudos de População** v. 23, n. 2, p. 369–374, 2006.

ROCHA, Maria Isabel Baltar Da; ROSTAGNOL, Susana; GUTIÉRREZ, María Alicia. Abortion and Parliament: a study on Brazil, Uruguay and Argentina. **Revista Brasileira de Estudos de População** v. 26, n. 2, p. 219–236, dez. 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o Direito e a Teoria Crítica. **Lua Nova - Revista de Cultura e Política** v. 61, 2004.

ROSENFELD, Michel. Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. **Cardozo Law Review** v. 17, n. 4–5, p. 791–824, mar. 1996.

ROSENFELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas** v. 3, n. 6, p. 411–444, 1998.

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community**. New York; London: Routledge, 2010.

SANDER, Vanessa. *Sororidade seletiva: travestis, transexuais e os limites da categoria mulher*. 6 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2015/06/sororidade-seletiva-travestis-transexuais-e-os-limites-da-categoria-mulher/>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

SANTOS, Danyelle Leonette Araújo Dos; BRITO, Rosineide Santana De. Processo decisório do aborto provocado: vivência de mulheres. **Physis: Revista de Saúde Coletiva** v. 24, n. 4, p. 1293–1314, dez. 2014.

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

SCAVONE, Lucila. Estudos de gênero: uma sociologia feminista? **Estudos Feministas** v. 16, n. 1, p. 173–186, 1 jan. 2008a.

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. **Revista Estudos Feministas** v. 16, n. 2, p. 675–680, ago. 2008b.

SCHERER-WARREN, Ilse. Movimentos sociais e pós-colonialismo na América Latina. **Ciências Sociais Unisinos** v. 46, n. 1, p. 18–27, 5 maio 2010.

SCOTT, Joan W. Gender: A Useful Category of Historical Analysis. **The American Historical Review, Oxford University Press** v. 91, n. 5, p. 1053–1075, dez. 1986.

SCOTT, Joan W. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. 1991. Disponível em: <<http://www.observem.com/upload/935db796164ce35091c80e10df659a66.pdf>>.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. **Estudos Feministas** v. 13, n. 1, p. 11, 1 jan. 2005.

SEGATTO, Antonio Ianni. A tensão entre facticidade e validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37–54.

SEGATTO, Antonio Ianni. Transformação pragmática da filosofia kantiana: Habermas, leitor de Humboldt. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade** v. 0, n. 15, p. 59, 14 jun. 2010.

SIEGEL, Reva. Argumentos baseados na igualdade de gênero em prol dos direitos reprodutivos: fundamentos críticos e a evolução da expressão constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniel (Orgs.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SIERRA, Marta. Tercer espacio: Las geografías paradójicas del feminismo y la colonialidad. In: BIDASECA, Karina *et al.* (Orgs.). **Legados, Genealogías y Memorias Poscoloniales en América Latina: Escrituras fronterizas desde el Sur**. Buenos Aires: Ediciones Godot, 2013. p. 210–228.

SILVA, Felipe Gonçalves. A solidariedade entre público e privado. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Orgs.). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91–117.

SILVA, José Afonso Da. A Dignidade da Pessoa Humana como valor supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo** v. 212, n. 2, p. 89–94, jun. 1998.

SILVA, José Afonso Da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32^a ed. rev. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Raimunda Magalhães Da *et al.* Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. **Ciência & Saúde Coletiva** v. 16, n. 5, p. 2415–2424, maio 2011.

SILVA, Rebeca de Souza E; ANDREONI, Solange. Fatores associados ao aborto induzido entre jovens pobres na cidade de São Paulo, 2007. **Revista Brasileira de Estudos de População** v. 29, n. 2, p. 409–419, dez. 2012.

SILVA, J. Et. al. A promoção da igualdade racial em 2006 e o Programa de Combate ao Racismo Institucional. In: JACCOUD, Luciana (Org.). **A Construção de uma Política de Promoção da Igualdade Racial: uma análise dos últimos 20 anos**. Brasília: Ipea, 2009. p. 147–170.

SOUSA, Thays De. O caso das 10 mil: O avanço do fundamentalismo em Mato Grosso do Sul. In: FLEISCHER, Soraya (Org.). **20 vozes latino-americanas pela legalização do aborto**. Brasília: CFEMEA; SAAF, 2009. p. 94–100.

SOUZA, Milena Goulart *et al.* Prevalência e características sociodemográficas de mulheres com aborto provocado em uma amostra da população da cidade de São Paulo, Brasil. **Revista Brasileira de Epidemiologia** v. 17, n. 2, p. 297–312, jun. 2014.

SOUZA, Zannety Conceição Silva do Nascimento; DINIZ, Normélia Maria Freire. Aborto provocado: o discurso das mulheres sobre suas relações familiares. **Texto & Contexto - Enfermagem** v. 20, n. 4, p. 742–750, dez. 2011.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida: comentários à decisão na ADPF nº 54 sobre a interrupção de gravidez nos casos de anencefalia fetal. **Direito.UnB - Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília** v. 1, n. 2, p. 184–201, jul. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

SYDOW, Evanize; GALIL, Beatriz. **Isoladas: a história de 8 mulheres criminalizadas pelo aborto**. [S.l.]: Fundação Heinrich Böll; Action Aid, 2011.

TAYLOR, Charles. **Hegel and Modern Society**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

VARGAS, Virginia. Los feminismos latinoamericanos en su tránsito al nuevo milenio (Una lectura político personal). In: MATO, Daniel (Org.). **Estudios y otras prácticas intelectuales latinoamericanas en cultura y poder**. Caracas: Clacso - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2002.

VENTURA, Mirian. Saúde Feminina e o pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (Orgs.). **O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010**. Rio de Janeiro; Brasília: Cepia; Onu Mulheres, 2011.

VIANA, Francisco José Machado. Serviços de atendimento ao aborto legal. In: MAIA, Mônica Bara (Org.). **Direito de decidir: Múltiplos olhares sobre o aborto**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008. p. 171–189.

VIANNA, Adriana R. B.; CARRARA, Sergio. Políticas de derechos sexuales en Brasil: estudio de caso. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (Orgs.). **Políticas sobre sexualidad: Reportes desde las Líneas de Frente**. México: Sexuality Policy Watch, 2008. p. 27–56. Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/frontlines/espanol/book/pdf/sexpolitics.pdf>>.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito I**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Tradução José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Tradução José Arthur Giannotti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1961.

WLASIC, Juan Carlos. **Manual Crítico de Derechos Humanos**. Buenos Aires: La ley, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Unsafe abortion: Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008**. 6. ed. Geneva: World Health Organization, 2011.

ZUGAIB, Marcelo. Paradoxos do Aborto. **Revista de Ginecologia e Obstetrícia** v. 1, n. 4, p. 251–2, out 1990.

(b) Peças processuais e decisões judiciais

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Parecer na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Brasília/DF: 18 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Petição Inicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Brasília/DF: 16 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/194_Celulas%20Tronco%20-%20ADI3510%20-%20Pet%20Inicial.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Transcrição de Audiência Pública de Instrução para a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510**. Brasília/DF: 20 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598460#60%20-%20Certid%E3o%20-%20de%20audi%EAncia>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão e Votos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Requerente: Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e Presidência da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília/DF: 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão e Votos na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Requerido: Congresso Nacional e Presidência da República. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília/DF: 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). **Petição Inicial na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Brasília/DF: 17 de junho de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Resolución nº 23/81 – Caso 2141**. Baby Boy vs. Estados Unidos de América. Fecha: 6 de marzo de 1981. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>>. Acesso em 01 de julho de 2016.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica**. Fecha: 6 de septiembre de 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nId_Ficha=235&lang=en>. Acesso em 01 de julho de 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of Justice. **Roe v. Wade (410 U.S. 113)**. Washington/DC: 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em 28 de junho de 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of Justice. **Doe v. Bolton (410 U.S. 179)**. Washington/DC: 22 de janeiro de 1973. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/179/>>. Acesso em 28 de junho de 2016.

(c) Proposições legislativas

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 25/1995**. Autor: Dep. Severino Cavalcanti – PFL/PE. Dá nova redação ao *caput* do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169262>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 571/2002**. Autor: Dep. Paulo Lima – PMDB/SP. Acrescenta o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=90438>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 62/2003**. Autor: Dep. Severino Cavalcanti – PPB/PE. Dá nova redação ao *caput* do art. 5º da Constituição

Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=116177>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 408/2005**. Autor: Dep. Durval Orlato – PT/SP e outros. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, dispondo sobre o direito à vida e vedando a clonagem humana. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288980>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1135/1991**. Autores: Dep. Eduardo Jorge – PT/SP; Deputada Sandra Starling – PT/MG. Suprime o art. 124 do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16299>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 176/1995**. Autor: Dep. José Genoíno – PT/SP. Dispõe sobre a opção da interrupção da gravidez. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15125>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7235/2002**. Autor: Dep. Severino Cavalcanti – PPB/PE. Revoga o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=89794&ord=1>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1459/2003**. Autor: Dep. Severino Cavalcanti – PP/PE. Aplica pena de reclusão aos casos de abortos provocados em razão de anomalia na formação do feto ou "aborto eugênico"; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=124063>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5166/2005**. Autor: Dep. Takayama – PMDB/PR. Dispõe sobre os crimes de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=284607>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5364/2005**. Autores: Dep. Luiz Bassuma – PT/BA; Dep. Angela Guadagnin – PT/SP. Dispõe sobre a punibilidade do aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288053>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 478/2007**. Autores: Dep. Luiz Bassuma – PT/BA; Dep. Miguel Martini – PHS/MG. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103&ord=1>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 489/2007**. Autor: Dep. Odair Cunha – PT/MG. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103&ord=1>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3673/2008**. Autor: Dep. Pompeo de Mattos - PDT/RS. Reduz a pena de detenção para um a dois anos no caso de crime de aborto. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=403331>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 1545/2011**. Autor: Dep. Eduardo Cunha – PMDB/RJ. Tipifica o crime de aborto praticado por médico quando não for os tipos admitidos no Código Penal: necessário ou quando a gravidez resultante de estupro (sentimental). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507573>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 6115/2013**. Autores: Dep. Salvador Zimbaldi – PDT/SP; Dep. Alberto Filho – PMDB/MA. Exige o exame de corpo de delito comprovando estupro para que o médico possa realizar aborto. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=587556>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 882/2015**. Autor: Dep. Jean Wyllys – PSOL/RJ. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1050889>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 891/2015**. Autor: Dep. Flavinho – PSB/SP. Estabelece as políticas públicas no âmbito da saúde sexual e dos direitos reprodutivos e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1105078>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3983/2015**. Autores: Dep. Givaldo Carimbão – PROS/AL e outros. Altera o artigo 128 do Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2074902>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4396/2016**. Autor: Dep. Anderson Ferreira PR/PE. Altera dispositivo do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) para prever aumento de pena no caso de aborto cometido em razão da microcefalia ou anomalia do feto. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077282>>. Acesso em: 12 de junho de 2016.

(d) Documentos oficiais

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. Série Direitos Sexuais e Reprodutivos – Caderno nº 4. Brasília: Editora MS, 2011, 2ª ed. Disponível

em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf>. Último acesso em 25/06/2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: Norma Técnica**. Série Direitos Sexuais e Reprodutivos – Caderno nº 6. Brasília: Editora MS, 2012, 3ª ed. at. amp. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf>. Último acesso em 25/06/2016.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria de Transparência. DataSenado. **Pesquisa: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Brasília: DF: Março de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf> Acesso em 01 de julho de 2016.