

MORALIDADE POLÍTICA E BIOÉTICA: os fundamentos liberais da legitimidade do controle de constitucionalidade¹

Delamar José Volpato Dutra*

RESUMO – O maior problema do controle de constitucionalidade – um dos institutos básicos do Estado de direito –, com relação à sua justificação democrática, é a chamada dificuldade contra-majoritária [countermajoritarian difficulty], já apontada por Bickel. O texto apresenta o tratamento dessa questão em Habermas, Rawls e Dworkin, a partir da bioética, especialmente o caso do aborto, da eutanásia e da eugenia. Argumenta-se que a justificação moral de boa parte do controle de constitucionalidade encontra sua base em fundamentos morais impostos ao legislador, a partir de uma perspectiva liberal. Tais fundamentos são reconstruídos, tendo em vista a posição tolerante de Locke concernente à problemática religiosa.

PALAVRAS-CHAVE – Bioética. Constitucionalidade. Liberalismo. Liberdade religiosa.

ABSTRACT – The major problem of the control over constitutionality – one of the basic institutes of the rule of law –, with regard to its democratic justification, is the so-called countermajoritarian difficulty, already highlighted by Bickel. The article shows how this issue is tackled by Habermas, Rawls, and Dworkin, from the standpoint of bioethics, especially in matters of abortion, euthanasia, and eugenics. It argues that the moral justification of a great deal of the control over constitutionality finds its basis on moral grounds imposed to the legislator from a liberal perspective. Such grounds are reconstructed with a view to recasting Locke's tolerant position concerning religious affairs.

KEY WORDS – Bioethics. Constitutionality. Liberalism. Religious freedom.

Introdução

O texto pretende apresentar considerações de moralidade política para que o direito possa dar um tratamento justo, correto, ao aborto, à eutanásia e à eugenia, questões tradicionais da bioética.² Alguns temas tradicionais da bioética podem

¹ O presente texto é parte de um projeto de pesquisa financiado pelo CNPq nominado "O papel e a legitimidade da jurisdição constitucional na teoria habermasiana do Estado de direito democrático". Já foi publicado um outro texto sobre o presente tema com o título "Da legitimidade do controle de constitucionalidade: estudo a partir do aborto, da eutanásia e da eugenia". Os textos mantêm um valor em si mesmos, embora remetam, complementarmente, um ao outro.

* Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/CNPq.

² O termo bioética surge em 1971, criado pelo médico americano V. R. Potter, para defender as condições da vida contra a ciência e a tecnologia. Em 1974 o Congresso Americano criou uma comissão para propor princípios que servissem de base para orientar as experiências com seres humanos. O relatório produzido pela comissão veio à luz em 1978, ficando conhecido como relatório

VERITAS	Porto Alegre	v. 52	n. 1	Março 2007	p. 59-78
---------	--------------	-------	------	------------	----------

funcionar como uma espécie de paradigma para o estudo do modo como a liberdade deve ser respeitada pelo Estado, tema deveras fundamental para o controle de constitucionalidade.³ Tais considerações serão apresentadas a partir de três autores centrais para a filosofia do direito contemporânea, Rawls, Dworkin e Habermas. Busca-se esclarecer qual a posição justa a ser adotada pelo direito, ou seja, se tais questões devem ou podem ser resolvidas de forma *a priori*, ou seja, a partir de princípios de justiça ou se elas devem ser decididas por maioria democrática.

Nesse particular, o sistema jurídico sofre as influências das discussões filosóficas – e vice-versa – porque o sistema constitucional é composto por um conjunto de princípios, os quais, se não são morais, muito a eles devem e se assemelham. Dworkin, por exemplo, defende claramente uma leitura moral da Constituição americana, como sugere o próprio título de sua obra *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*.

Dworkin: a indeterminação da noção de valor intrínseco

Aquilo que o povo inteiro não pode decidir sobre si mesmo, isso também não pode o legislador decidir sobre o povo.⁴

Dworkin parte da distinção entre avaliação moral do aborto e avaliação da intervenção do Estado em tal matéria. Ou seja, trata-se de distinguir “se o aborto por algum motivo é errado da questão se – se de fato é – é correto para o Estado proibi-lo. Minha posição é que quando a única justificação do Estado para proibir o exercício de uma liberdade importante for a proteção de um valor separado [detached] com uma dimensão religiosa, então o Estado não tem o direito de proibir, não interessa o motivo em questão”.⁵ O Estado tem a tarefa de que os cidadãos decidam tais questões responsavelmente e não deve impor a visão da maioria sobre a correção do aborto.

A moralidade política pode ser entendida como a aplicação de determinações morais sobre a política, de tal forma que se possam estatuir princípios básicos morais que deveriam ser respeitados pelos atos da política, ou seja, por aqueles

Belmont, o qual estabeleceu três princípios básicos: respeito pelas pessoas, beneficência e justiça. Tal sistema principiológico foi seguido também por BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F. no seu livro *Principles of Biomedical Ethics*, os quais estabelecem quatro, ao invés de três princípios, acrescentando o da não – maleficência.

³ Uma forma de justificar o controle de constitucionalidade, sob o ponto de vista substantivo, além de razões pragmáticas, a partir das garantias da magistratura ou institucionais, como equilíbrio de poderes, é pela possibilidade de se fundamentar a exclusão de certas matérias da competência legislativa do Estado, por estar ancoradas em direitos humanos fundamentais, como a liberdade, não-passíveis de proibição. Kant e Dworkin parecem fornecer um argumento para tal. O primeiro, defendendo uma liberdade máxima e uma intervenção mínima; o segundo, uma liberdade mínima. Outra forma é pela justificação ou não do controle de constitucionalidade, tendo em vista a própria democracia.

⁴ Kant. *Doutrina do Direito*. Ak VI 327.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, 432.

atos que emanam coativamente do Estado. De fato, Rawls designa como justiça política, a justiça da constituição.⁶ Numa democracia, tais princípios, como se verá, podem tomar claramente uma feição contramajoritária, dado o caráter majoritário do funcionamento da democracia.

Para que os atos da comunidade política sejam também os atos de cada um, é preciso que todos sejam autores de tais atos, portanto, que todos sejam membros de tal comunidade. O conceito moral de membro faz o indivíduo tomar parte no autogoverno, pois a democracia é um governo pelo povo, o que induz ao conceito de ser membro co-autor dos atos legislativos: “Se eu sou um membro genuíno de uma comunidade política, seus atos são, em algum sentido pertinente, meus atos, mesmo quando argumentei e votei contra”.⁷ Nesse sentido, “majoritarianismo não pode garantir autogoverno, a menos que todos os membros da comunidade em questão sejam membros morais”.⁸

A concepção constitucional de democracia pressupõe condições democráticas. Tais condições têm que ser satisfeitas antes que a premissa majoritária possa pretender uma vantagem moral sobre os demais procedimentos de decisão: “As condições democráticas são as condições de um membro moral numa comunidade política”.⁹ Assim, a liberdade positiva não é sacrificada quando e em razão de a premissa majoritária ser ignorada, mas ela é aumentada quando tal premissa é recusada em favor da concepção constitucional de democracia, pois é defender a condição de membro moral, condição mesma da democracia.¹⁰

Dworkin pretende resolver a questão sobre a moralidade do aborto e da eutanásia, a partir de uma distinção de fundamentos: *derivado, ou separado* [derivative or detached]. Ao primeiro fundamento vinculam-se interesses e, devidamente,

⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999. [First ed. 1971], p. 194.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 22.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 23.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 24.

¹⁰ Quais são essas condições para ser um membro moral que estão à base da democracia e, portanto, da concepção constitucional de democracia? Dworkin nomina três condições [DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 24-6]:

aaa] instrumentais, como território, língua e relacionais, ou seja, ser parte como comunidade por meio do voto, da liberdade de expressão. Tais condições garantem a possibilidade de fazer diferença no processo político;

bbb] igual consideração e respeito na distribuição de bens e direitos, pois o conceito de ser um membro envolve reciprocidade;

ccc] independência moral, ou seja, a possibilidade de cada um se ver como parte num empreendimento coletivo: “uma comunidade política genuína deve ser uma comunidade de agentes morais independentes” [DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 26]. Isso implica, como se verá, que a maioria não deva se imiscuir em assuntos de vida, morte, felicidade, voto.

direitos; ao segundo fundamento vincula-se valor intrínseco. O problema é que as opiniões sobre valor intrínseco são variadas, em razão de estarem coladas com formulações religiosas. Ele defende o valor intrínseco da vida, sendo que a correção ou não do aborto vai depender, portanto, dos seus motivos. Nesse sentido, o aborto só mostrará respeito pela vida humana motivado por uma das seguintes razões: aa) a criança teria uma vida frustrada; bb) o nascimento da criança teria um impacto catastrófico na vida de outras pessoas. Nesse caso, seria um balanceamento com o valor intrínseco de outras vidas. Tal operação lhe permite resolver a controvérsia no nível da moralidade política, com base quase exclusiva na estratégia liberal paradigmática de tratamento de questões morais básicas, a tolerância religiosa. "Tolerância é o preço que devemos pagar por nossa aventura na liberdade".¹¹ Permite-lhe, ato contínuo, posicionar-se contra o aborto, moderadamente. Ou seja, defender o *direito* ao aborto e, ao mesmo tempo, condenar o aborto como um engano *ético*.¹²

Para ele, o governo tem responsabilidades que se *seguem dos interesses e direitos* das pessoas e outras responsabilidades que se *seguem da noção de valor intrínseco*, por ex., com relação à vida e à arte. O valor intrínseco de algo é separado ou independente, pois não se segue do fato de ter interesses, ou direitos [derivativa]. Em muitos casos, ambos coincidem. Assim, o art. 121 do CP protege a vida, num sentido independente e derivativo. Mas, às vezes, não coincide. Na proibição da eutanásia não coincide, pois se pode pensar que morrer é no melhor interesse da pessoa [fundamento derivado], mas mesmo assim ofender o valor intrínseco da vida [fundamento separado].¹³

No tratamento da questão, a *concepção derivativa* pressupõe que o feto já tenha interesses e direitos, portanto, que ele seja uma pessoa constitucional. A *concepção independente*, separada, não precisa dessa pressuposição, pois o feto já tem valor intrínseco, mesmo não sendo uma pessoa constitucional. O feto não tem interesses e direitos do tipo que o governo tenha uma responsabilidade derivada de proteger, nem valor intrínseco que o governo possa pretender uma responsabilidade independente de guardar. Nesse sentido, o caso julgado pela Suprema Corte, *Roe v Wade*, é uma decisão correta, pois estabeleceu que o Estado tem uma responsabilidade separada, independente, de proteger o feto, e não derivativa. Ele rebate o argumento de Ely de que o Estado pode proteger *tout court* interesses de não-pessoas, por ex., cachorros, pois o Estado não pode fazer isso

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 112.

¹² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 36.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 85-6.

com uma significativa redução do direito de uma pessoa constitucional, como o direito de a mulher controlar seu corpo.¹⁴

Nem tudo o que pode ser destruído tem um interesse em não ser destruído, por ex., uma estátua. Para ter um interesse tem que ter vida mental, consciência, por ex., poder sentir dor. O feto não pode sentir dor.¹⁵ Num caso como o do feto, o que significa o interesse do Estado em proteger a vida? Pode significar:

aa] responsabilidade: o Estado pode pretender que as pessoas sejam responsáveis ao decidir o aborto, porque tratam de uma questão muito importante, com valor intrínseco;

b] conformidade: o Estado pode querer decidir o aborto segundo o que a maioria pensa que respeita o valor intrínseco, ou seja, nos casos em que a maioria pensa ser ele legítimo.¹⁶

Como o feto não é uma pessoa constitucionalmente protegida, resta a santidade da vida, a noção de valor intrínseco, que é uma matéria controversa, pois é controverso radicalmente o que requer o valor intrínseco da vida num caso particular, por exemplo, quando o feto for deformado, ou quando ter uma criança implicar depressão para a vida da mãe.¹⁷

Evidentemente, o Estado pode defender valores intrínsecos, como a arte. Mas não pode:

aaa] Quando isso implicar um grande impacto sobre pessoas em particular.

Uma mulher que é forçada pela sua comunidade a gerar [to bear] uma criança que ela não quer, é como no passado estar no controle do próprio corpo dela. Toma-se posse do seu corpo para fins que ela não compartilha. Isso é uma escravidão parcial, uma deprivação da liberdade muito mais séria do que qualquer desvantagem que cidadãos possam suportar (bear) para proteger tesouros culturais, ou salvar espécies ameaçadas. A escravidão parcial de uma gravidez forçada, ademais, é somente o começo de um preço pago pela mulher a quem é negado um aborto.¹⁸

bbb] Quando houver profundo desacordo sobre tal valor, quando a comunidade estiver dividida sobre o que tal valor requer, então o Estado não pode ditar o que requer o valor intrínseco;

ccc] quando nossas convicções sobre COMO E POR QUE a vida humana tem valor intrínseco for muito mais fundamental para nossa personalidade moral do que

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 90.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 91.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 95.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 95-6.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 98.

as convicções sobre outros valores intrínsecos. Ou seja, quando envolver algo pessoal, ou religioso.

Dito de outro modo, a moralidade política vertida na Constituição limita a invasão da liberdade para defender um valor intrínseco que implique o estabelecido nas três condições acima.

Para Dworkin, em seu livro *Life's Dominion*,¹⁹ o centro do debate sobre o aborto é o desacordo sobre a interpretação do valor intrínseco da vida. Nesse sentido, é um debate mais profundo do que a discussão se o feto é, ou não é, uma pessoa. O ponto é que interpretamos de distintos modos a idéia de que a vida humana seja valiosa. Tal desacordo sobre o aborto é profundo e pode ser perpétuo. No entanto, tal assertiva, defende ele, deveria levar à união, pois a comunidade política é possível, mesmo que existam profundas discordâncias religiosas. Em suma, o valor sagrado da vida humana permite interpretações diferentes. De fato, a santidade da vida é uma noção controversa, por exemplo, quando um feto for deformado, como no caso da anencefalia, será o aborto, ou o nascimento, que servirá melhor ao valor intrínseco da vida? Quando o nascimento da criança arruinar os planos de vida da mãe, pode-se levantar a mesma questão.

Dado esse caráter controverso, o Estado não pode pretender impor a vontade da maioria, pois tal coação se exerceria de forma muito contundente sobre um grupo, as mulheres, além disso, tais convicções de como e por que a vida humana têm valor intrínseco são fundamentais de uma maneira radical para nossa vida, sendo diferente de se preservar obras de arte ou espécies animais. É justamente por se tratar de aspectos fundamentais da existência que o valor intrínseco da vida humana é na essência religiosa, pois a religião responde aos aspectos mais terríveis da vida humana, quais sejam, o sentido da vida, o seu valor, e a morte, principalmente. Se a maioria pudesse impor sobre o resto dos indivíduos suas próprias concepções a respeito da santidade da vida, então o Estado poderia exigir o aborto em alguns casos, por exemplo, no caso de má formação fetal, o que nos soa, certamente, absurdo. Pela mesma razão, não pode exigir que uma mulher que gesta um feto anencéfalo seja obrigada a tê-lo. Se a maioria tivesse o poder de implantar suas convicções sobre a santidade da vida, então o Estado poderia exigir isso, mesmo contra as crenças religiosas ou éticas das pessoas, assim como pode requerer vacinação hoje em dia.

Uma verdadeira percepção da dignidade deve apelar para a liberdade e não para a coerção penal, a fim de impor um ponto de vista de alguma maioria sobre os demais indivíduos em questões tão cruciais como a vida e a morte. Nesse sentido, vale a observação do juiz Brennan: se a privacidade significa algo, ela significa o direito de o indivíduo não sofrer intromissão do governo em matérias que afetam tão fundamentalmente uma pessoa, como engendrar, ou ter um filho. Nes-

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1994.

se sentido, algo é religioso pelo seu conteúdo e não pela importância subjetiva que tenha. Por isso, a crença sobre o valor intrínseco da vida humana pode ser descrita como "essencialmente uma crença religiosa" e, portanto, sob o ponto de vista constitucional americano devem ser consideradas sob a primeira emenda. É claro que o direito à intimidade, base da decisão do precedente americano, não garantiria o direito de abortar, *se o feto fosse uma pessoa*.²⁰ Sendo assim, o aborto pode ser resolvido, tanto pela cláusula do devido processo da 14ª emenda à Constituição americana, como pela liberdade religiosa da 1ª emenda constitucional. Em suma, o Estado não pode ditar como se deve respeitar o valor intrínseco da vida.

A questão, portanto, não é quem tem direitos, ou como interesses diferentes devem ser balanceados e protegidos. A democracia tem o dever de assegurar que as pessoas tenham o direito de viver suas vidas em acordo com suas próprias convicções sobre questões religiosas essenciais.²¹

Com relação ao precedente americano, o esquema de trimestres parece arbitrário. Afinal, por que é no sétimo mês que o feto passa a ser pessoa constitucionalmente protegida? Por que não antes? Por que a viabilidade marca o fim, o direito de a mãe abortar? Por que o Estado pode proibir o aborto depois da viabilidade? A resposta de Dworkin é: porque naquele ponto começa a sentir dor, portanto, a ter vida mental. Nesse ponto o Estado pode ter um interesse derivado em coagir que não a partir da concepção coletiva da santidade da vida.²² Assim, o insulto ao valor da vida é maior conforme o feto for mais desenvolvido. De tal forma que a sociedade pode se proteger de um tal insulto exigindo reflexão de quem decide pelo aborto.

A defesa do aborto potencializa a liberdade, imputando a ela o direito de definir o significado do universo e o mistério da vida humana.²³ Tal não poderia ser limitado, no ordenamento americano ao menos, senão por emenda constitucional que declarasse o feto uma pessoa.²⁴ Mesmo assim, seria uma emenda que feriria a liberdade, pois proibir o aborto antes da viabilidade negaria a liberdade sem o devido processo.²⁵ De fato, a cláusula do *due process* visa a proteger liberdades

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 102.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 106.

²² DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 113.

²³ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 120.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 120.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 126-7.

fundamentais, sendo a salvaguarda dos direitos individuais uma precondição da própria democracia, não um compromisso.²⁶

No caso brasileiro, apesar de ser proibido o aborto, parece que o feto não tenha direito à vida *tout court*, o que pode ser visto a partir das exceções permitidas. O aborto para salvar a vida da mãe é consistente com o direito à vida, porque poderia ser justificado pelo estado de necessidade. Mas, no caso de estupro, há uma inconsistência com o direito à vida, já que, por analogia, quando eu firo mortalmente alguém, inutilizando, por exemplo, seu coração, isso não implica a permissão de que eu possa ser morto para que meu coração seja doado a quem eu tenha cometido um ato de violência. Além disso, a tipificação do crime numa figura particular, como aborto, com pena máxima de 10 anos e não como homicídio, com pena máxima de até 20 anos, é um indício dessa inconsistência com o direito à vida. De fato, a legislação brasileira estabelece um conjunto de proposições difíceis de serem harmonizadas, principalmente se tivermos em conta as relações entre três diplomas normativos. No nível constitucional e vale lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil é de 1988 é estabelecida, no art. 5º, a inviolabilidade do direito à vida, porém, sem a determinação do momento em que tal direito tem começo. O Código Civil de 2002, seguindo a tradição do Código de 1916, estabelece no art. 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, embora o art. 20. ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, e o art. 1.596, IV, ao determinar que os embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, presumem-se concebidos na constância do casamento, estabelece direitos patrimoniais aos embriões. Já, o Código Penal que data de 1940, estabelece o crime de *infanticídio*, com pena de dois a seis anos [art. 123]. O crime de *aborto provocado por terceiro*, com pena de três a dez anos, quando não houver consentimento da mãe [art. 125] e entre um a quatro anos, quando houver [art. 126]. O crime de *aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento* tem pena de um a três anos [art. 124]. Considerando que o crime de *homicídio simples* tem pena entre 6 e 20 anos [art. 121], dá para perceber uma clara distinção entre a valorização da vida do feto e de alguém após o nascimento. Isso sem levarmos em conta o art. 128 que estabelece dois casos em que não se pune o aborto praticado por médico: quando resultar de estupro e em caso de necessidade.²⁷

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 150.

²⁷ A possibilidade de aborto em casos de anencefalia tem sido discutida no Brasil. Em recente acórdão o STJ defendeu que não, conforme decidido no HC 32.159-RJ: “o *habeas corpus* foi impetrado em favor do nascituro, ora no oitavo mês de gestação, contra decisão do Tribunal a *quo* que autorizara intervenção cirúrgica na mãe para interromper a gravidez. Essa cirurgia foi permitida ao fundamento de que o feto padece de anencefalia, doença que levaria à inviabilidade de sua vida pós-natal. A Turma, porém, não concedeu a ordem, pois a hipótese em questão não se enquadra em nenhuma daquelas descritas de forma restrita no art. 128 do CP. Assim, não há como se dar interpretação extensiva ou analogia *in malam partem*; há que se prestigiar o princípio da reserva legal.

No caso de Dworkin, sua posição evita que o uso do conceito de “vida indigna de ser vivida” seja usada pelo Estado, como fê-lo o nazismo,²⁸ justificado por questões de eutanásia, nem sempre desconexa de questões de eugenia. Tal formulação, há que se constatar, implica “a fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que cometa suicídio”.²⁹

Para Dworkin, a eutanásia segue o mesmo caminho do aborto, pois há que se determinar o valor intrínseco da vida, o que leva a que se dê um sobre peso ao princípio da autonomia. Do mesmo modo, é assim que ele se posiciona com relação à eugenia.³⁰

Rawls: a vitória da maioria

Rawls menciona a questão do aborto quando trata do conceito de razão pública em *Political Liberalism*. A razão de algo é aí definida como um poder intelectual e moral,³¹ ou seja, como modo de formular planos, de dar ordem de prioridade aos fins e de tomar decisões de acordo com isso. Nem toda razão é pública, por exemplo, numa aristocracia. Mas, seja como for, a razão pública trata de matérias de justiça fundamental. Ou seja, matérias constitucionais essenciais: direito de votar, religiões a serem toleradas, propriedade. Não diz respeito, portanto, a questões como do direito tributário, da regulamentação da propriedade, do meio ambiente, da poluição. O conteúdo da razão pública é restrito a uma concepção política de justiça, qual seja, a liberal. O liberalismo vem caracterizado por três elementos fundamentais: a) defende certos direitos básicos, como liberdade e oportunidades; b) defende a prioridade desses direitos sobre o bem público e privado; c) defende medidas-meio para tornar efetivos os direitos estabelecidos em “a”. Essa concepção política liberal tem princípios substantivos, certos valores, bem como guias para aplicá-los, como a razoabilidade e a idéia de balanceamento.³²

Tal concepção não opera sem dificuldades, pois permite mais de uma resposta razoável, ou balanceada, à combinatória de valores, visto que estes podem ser pesados e combinados de modo diverso. Interessantemente, é nesse particular que Rawls, deferentemente de Dworkin, dá um grande peso à decisão majoritária,

HC 32.159-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/2/ 2004" [Informativo de Jurisprudência do STJ n. 0199, 16 a 20 de fev. de 2004]. Sabe-se que a matéria pendente de julgamento no STF.

²⁸ Agamben informa que tal conceito nasce com o livro de Karl Binding, um especialista em direito penal, e de Alfred Hoche, médico preocupado com questões de ética profissional, publicado em 1920, na Alemanha, com o título: “A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida” [AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. [H. Burigo: *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita I*]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002, p. 143.

²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. [H. Burigo: *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita I*]. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2002. p. 146.

³⁰ Ver o texto *Playing God in DWORKIN, Ronald. Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

³¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 212-3.

³² RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 223-4.

pois, para ele, a solução de tais dificuldades tem que ser feita através do voto, sob a condição de cumprir o requisito da razão pública que exige que o voto seja explicado em termos de um *reasonable balance*.³³ Como exemplo de um problema e de sua solução por votação, tendo em vista o balanceamento de valores, Rawls cita o caso do aborto. Ele nomina três valores envolvidos na questão: o respeito pela vida humana, a reprodução da sociedade e a igualdade da mulher. Nesse sentido, uma forma de dar um *reasonable balance* para esses três valores é pelo esquema de trimestres definido pela Suprema Corte.³⁴

Num esclarecimento feito em 1995, ele afirma: “Questões disputadas, tais como a do aborto, podem conduzir a um impasse entre diferentes concepções políticas, e os cidadãos devem simplesmente votar sobre a questão”,³⁵ sendo que o voto dá uma razoabilidade momentânea, visto se tratar de uma *hotly disputed question*, cuja deliberação se torna obrigatória pela regra da maioria.³⁶ Portanto, tal decisão sobre o aborto, permitindo ou proibindo, não estaria no conjunto daquilo que autorizaria, por exemplo, a desobediência civil.

Habermas: nas teias do procedimento

Na posição de Habermas parece haver um hipotético *se*, ou seja, se o aborto concernir a uma questão de identidade como proposto por Dworkin, então, há que se resolvê-lo no nível político da coexistência, como é o caso da religião. Nesse sentido, o texto³⁷ parece distinguir dois níveis nos quais a moralidade operaria, o nível político e o nível da moralidade, de tal forma que aparecendo uma impossibilidade de resolver a questão neste, ela seria forçada a resolver naquele. Cabe perguntar: por que a questão do aborto não encontraria uma resolução moral? Habermas sugere não ser possível encontrar uma solução moral para o aborto por que, talvez, não haja interesses universalizáveis, de tal forma que se devam buscar compromissos de equidade e não respostas morais.³⁸ O aborto é um problema não-resolvido moralmente no presente, não se podendo excluir *a priori* a hipótese de se tratar de um problema que não possa de fato ser resolvido sob o ponto de vista moral.

Por outro lado, é difícil remeter a questão, sem mais delongas, para o domínio do que o liberalismo tradicionalmente nomina de esfera privada. De fato, ao analisar as discussões levantadas pelo feminismo, com relação a problemas domésticos que antes eram atribuídos à esfera privada, como a violência doméstica contra as

³³ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 240 s.

³⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 243. Cabe observar que para ele o nosso esquema de combinação dos valores envolvidos na questão seria cruel e opressor para a gestante.

³⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. lv.

³⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. lvi.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 165-6.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 165-6.

mulheres, Habermas pondera, de acordo com sua teoria discursiva, que a fronteira que separa o privado do público tem que poder ser objeto de discussão pública, pois a linha divisória entre o que é público e privado é estabelecida *a fortiori*. De tal forma que qualquer matéria pode ser objeto de deliberação, desde que possa ser feito no igual interesse de todos.³⁹

Portanto, a neutralidade representada pela posição, que defende a prioridade do justo sobre o bem, não pode significar a exclusão de questões éticas do discurso político, já que, assim, este perderia sua função racionalizadora de enfoques pré-políticos, de interpretação de necessidades e de orientações valorativas. Sob tal premissa, haveria a restrição do diálogo. A neutralidade não pode ser garantida por regras inibitivas, ou de mordação [*gag rules*], que deixam a separação público v. privado ao sabor das tradições culturais. Tal exclusão *a priori* da agenda política de assuntos considerados privados beneficiaria um pano de fundo tradicional do privado.⁴⁰ De tal forma que neutralidade não é eliminar assuntos do debate da agenda política, mas, em havendo disputa sobre a vida boa, não decidir sob a base de uma intrínseca superioridade de uma ou de outra.⁴¹ O ponto é que “temos que estabelecer uma distinção entre limitações impostas aos discursos públicos através de *processos* e uma limitação do *campo temático* dos discursos públicos”.⁴² Em princípio, o primeiro não impõe limitações ao campo temático de objetos que podem ser discutidos. Tematizar não é se intrometer na privacidade, de tal forma que “nem tudo o que é reservado às decisões de pessoas privadas deve ser subtraído à tematização pública, nem protegido da crítica”.⁴³ Nem tudo o que é regrado toca na privacidade e nem tudo o que é discutido é regrado. Assim, não tem sentido a reserva liberal de discussões para além da segurança. O ponto está em que a delimitação do privado não pode ser feita de uma vez por todas.⁴⁴ Assim, no exemplo da pornografia “a criação de limites tem que ser objeto de uma discussão política”.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 30.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 35.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 47.

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 40.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 40.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 41.

O que se necessita, sim, é que da constatação de um dissenso ético haja a passagem a um nível maior de abstração, aquele da justiça, para decidir o que é do interesse de todos na base do reconhecimento deste dissenso.⁴⁵

Com relação à eugenia, Habermas é francamente contrário a uma eugenia liberal.⁴⁶

Os fundamentos liberais da teoria

O argumento avançado acima tem fundo liberal. No entanto, é um liberalismo reducionista da criteriologia inaugurada por Locke, que desloca uma matéria do âmbito político para o âmbito religioso e, portanto, pela essência mesma do liberalismo, para o âmbito privado. De fato, em Locke havia uma combinatória de elementos: a inutilidade ou ineficácia da coerção jurídica; a divergência de opiniões; e a não prejudicialidade da ação em questão, mormente para aqueles bens essenciais à subsistência.

Ele afirma: “as funções ordinárias da vida as coisas indiferentes são livres e legais, se não proibidas por Deus, sendo, portanto, passíveis de serem decididas pela autoridade humana”.⁴⁷

Uma das características do pensamento de Locke a propósito do Estado é atribuir-lhe uma finalidade oriunda de sua determinação contratual: “A comunidade é uma sociedade de homens constituída apenas para a preservação e melhoria dos bens civis de seus membros. Denomino bens civis a vida, a liberdade, a saúde física e a libertação da dor, e a posse de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis, etc.”⁴⁸ Ou seja, além da vida imortal, o homem tem a sua vida terrena, que é precária e precisa das conveniências deste mundo que se obtém pela labuta; mas os homens são desonestos e preferem usufruir do trabalho alheio, por isso, “para proteger suas posses, riqueza e propriedade, como ainda sua liberdade e vigor corporal, que são seus recursos para subsistirem, os homens são obrigados a entrar em sociedade uns com os outros, de modo que, por meio de assistência mútua e combinação de forças, cada homem possa assegurar-se da propriedade

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 37.

⁴⁶ Sobre esse assunto ver DUTRA, Delamar José Volpato. *Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005, especialmente o capítulo Das implicações éticas da biotecnologia”.

⁴⁷ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epístola de tolerância]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 15-6. Nesse sentido, há uma dubiedade, pois a indiferença de determinadas ações para os bens essenciais à subsistência pode ser tanto um critério para que elas sejam da agenda política, como para que não sejam. O argumento liberal, no entanto, parece pender mais em direção à última alternativa.

⁴⁸ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epístola de tolerância]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 5.

de coisas que são úteis à vida”.⁴⁹ Dada a precariedade da vida, há que se engendrar o Estado para proteger aqueles bens que são necessários para a subsistência. A noção de dano potencial a outro deve ser referido a estes bens fundamentais, para que cada um possa buscar os recursos necessários para subsistir.

Ao mesmo tempo que tal finalidade vincula o Estado, sob o ponto de vista de sua aceitabilidade, e, portanto, justificação, ela retira do Estado um amplo espectro de competência: “Toda a jurisdição do magistrado diz respeito somente a esses bens civis [...] e que não deve e não pode ser de modo algum estendido à salvação das almas”.⁵⁰ Contraponto necessário do Estado assim concebido é a retirada do âmbito de sua competência das matérias religiosas. O limite ao poder soberano se dá pela sua finalidade: “prover a segurança para as posses particulares dos indivíduos”.⁵¹

Interessam para o presente estudo as razões apontadas por Locke para a exclusão da religião da agenda política. Tais razões são uma combinatória de argumentos pragmáticos e epistemológicos. No primeiro quesito, se deve incluir o estado de guerra gerado pela tentativa de estabelecer coativamente uma religião: “Nenhuma segurança ou paz, muito menos amizade, jamais pode ser estabelecida ou preservada entre os homens, se a opinião predominante está fundada no privilégio e que a religião deve ser propagada pela força das armas”.⁵² No segundo quesito, Locke desfila uma gama maior de razões. Podem apontar-se três razões ou critérios básicos. Os primeiros dois conjugam as possibilidades do direito com as determinações conceituais próprias da religião, de tal forma que fica patente a ineficácia do direito na consecução de determinações religiosas. Eis as razões:

aa) O primeiro argumento se alicerça na natureza da crença: “Mesmo se alguém quisesse, não poderia jamais crer por imposição de outrem”.⁵³ Ou seja, a crença, a fé, sendo constituída de atos eminentemente subjetivos, os quais não podem ser substituídos ou determinados por meios coativos, pois dependem de profunda convicção. Pensar diferentemente não passaria de hipocrisia;

bb) o segundo argumento tem por base a natureza da persuasão. Ou seja, a persuasão é algo que depende profundamente da adesão da própria pessoa e não poderia, portanto, ser estabelecida coativamente, ou seja, a coerção não atinge a persuasão interior do espírito: “Confisque os bens dos homens, aprisione e torture o seu corpo: tais castigos serão em vão, se se esperar que eles façam mudar seus

⁴⁹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 21.

⁵⁰ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 5.

⁵¹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 21.

⁵² LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 9.

⁵³ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 5.

juízos internos acerca das coisas”.⁵⁴ Uma coisa é persuadir, outra ordenar. Para convencer alguém se deve evitar a força;

cc) o terceiro argumento aponta para a divergência em matéria religiosa. Segundo Locke, como se pode estabelecer uma religião verdadeira, se os princípios divergem sobre a verdadeira religião?⁵⁵ Segundo ele, a opinião de cada um deles pode ser errônea, visto a matéria ser controversa.⁵⁶

Tais argumentos apontam, antes de tudo, para a impossibilidade jurídica de estabelecer uma religião oficial. O direito pode estabelecer um culto oficial, certas práticas exteriores, mas não tem capacidade de estabelecer uma religião naquilo que a caracteriza essencialmente, a saber, a fé e a persuasão. Portanto, a religião deve ser abandonada à responsabilidade de cada um, até porque “nenhum homem pode ser forçado contra a sua vontade a ser sadio ou rico. Ainda mais, mesmo Deus não salvará os homens contra a vontade deles”.⁵⁷ Ou seja, “como uma pessoa não viola os direitos de outrem, por estar equivocada em seu culto, ou não prejudica a outros homens, por não querer participar de suas corretas opiniões religiosas, e, enfim, como sua perdição não prejudica a ascensão dos outros, segue-se que cuidar de sua própria salvação é exclusivo a cada pessoa”.⁵⁸ Cada um tem autoridade para julgar sobre sua própria salvação, pois “ninguém pode ver-se prejudicado devido a sua conduta”,⁵⁹ visto não causar dano a outro. Fica bem claro que ao Estado compete preservar as coisas ligadas à vida, e ao indivíduo compete o cuidado com o espírito: “O cuidado da alma e de assuntos espirituais, que não pertencem e não se subordinam ao Estado, é reservado e mantido por cada indivíduo. Desse modo, a proteção da vida e das coisas que se referem à vida é função do Estado, e a preservação delas para seus possuidores consiste em dever do magistrado”.⁶⁰

Mill tem uma boa explicitação desse princípio, inclusive em conexão com os deveres para consigo, que segundo, Mulholland, recebe uma melhor fundamentação na doutrina kantiana, pois o fundamento neste não reside na utilidade como em Mill. De fato, Mill afirma:

⁵⁴ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 6.

⁵⁵ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 5.

⁵⁶ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 9.

⁵⁷ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 12.

⁵⁸ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 21.

⁵⁹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 21.

⁶⁰ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 22.

O único fim que a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir com a liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a autoproteção. O único fim para o qual o poder é corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é para prevenir dano [harm] a outros. O próprio bem do agente, seja físico ou moral, não é uma razão suficiente. Ele não pode corretamente ser compelido a fazer ou a deixar de fazer, porque seria melhor para ele fazer isso, porque o faria mais feliz, porque, na opinião de outros, seria sábio, ou correto [...] Na parte da conduta que meramente concerne a si próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano”.⁶¹

Segundo Mill, “a inconveniência é algo com que a sociedade pode arcar, pelo motivo do maior bem da liberdade humana”.⁶² Ademais, segundo ele, o mais forte de todos os argumentos contra a interferência pública com relação a condutas puramente pessoais é que, quando interfere, a probabilidade é que interfira erradamente e no lugar errado. Pense-se no caso de diversões que seriam permitidas ou proibidas ou em valores como a castidade.

Todo esse arazoado fundamenta a tolerância que deve embasar a virtude política do Estado. No entanto, Locke estabelece limites ao que pode ser tolerado, por exemplo, não se devem tolerar as doutrinas incompatíveis com a sociedade humana e contrárias aos bons costumes necessários para preservar a sociedade civil. Também não se devem tolerar os ateus, “pois a supressão de Deus, ainda que apenas em pensamento, dissolve tudo”.⁶³ Por fim, somente as doutrinas pacíficas devem ser toleradas.⁶⁴

Ele menciona, como visto, ao longo do texto, o problema epistemológico da desavença ou desacordo, como, por exemplo, no que concerne a saber qual religião seria a verdadeira. Ora, é justamente este último elemento que é galgado a critério principal, mesmo quando ele parece ferir parte da criteriologia de Locke, mormente nos casos de bioética.

Veja-se, nesse particular, a argumentação modelar de Rawls, a qual é assumida, de uma forma ou outra, por boa parte dos liberais. Como se sabe, a justiça política é concebida por Rawls nas forjas das dissidências religiosas. Ele parte de dois fatos gerais: o fato do pluralismo razoável e a opressão como meio de eliminar a diversidade e estabelecer uma sociedade homogênea.⁶⁵ Ele aponta muitas causas ou origens do pluralismo, como a diferença de interesses, a irracionalidade das

⁶¹ MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. [Oxford World's Classics]. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 14.

⁶² MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Essays*. [Oxford World's Classics]. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 91.

⁶³ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 24.

⁶⁴ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 26.

⁶⁵ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 54-5.

pessoas e mesmo a indeterminação dos conceitos políticos.⁶⁶ Justamente essas circunstâncias impõem limites intransponíveis ao juízo político, de tal forma que tais limites devem ser aceitos como determinações estruturantes, embora não epistemológicos. De fato, os limites do juízo são de primeira importância para a idéia democrática de tolerância.⁶⁷ Isso ocorre, porque tais limites apontam indubitavelmente para um escopo muito limitado do que pode ser justificado para os outros, o que força a uma forma de tolerância e sustenta a idéia da razão pública,⁶⁸ ou seja, o juízo há que galgar um nível maior de abstração, sob pena de impossibilitar a unidade social, visto não ser razoável usar do poder político para impor uma doutrina, mesmo que ela seja razoável.⁶⁹ É por isso que os limites que o juízo impõe sobre o que pode ser razoavelmente justificado para os outros apóia fortemente alguma forma de liberdade de consciência e de pensamento.

No entanto, o liberalismo refugiado alhures [elsewhere] de Rawls não vai ao ponto da marca epistemológica. Para ele, a tolerância não é uma idéia epistemológica, embora contenha elementos epistemológicos. É um ideal político, sendo que a posição original é um instrumento que ajuda a mostrar isso.⁷⁰ Ele não é epistemológico no sentido de Kant ou Hume porque ele não lista condições de possibilidade análogas àquelas que tornariam impossível o conhecimento do que seja o mundo em si mesmo. Trata-se apenas de listar circunstâncias particulares que dificultam especialmente o acordo na política. De tal forma que não significam que o liberalismo seja cético, como já dito, apenas que põe a base da unidade social alhures.

Political Liberalism distingue o fato do pluralismo *tout court* do fato do pluralismo razoável. O primeiro é evidente por si mesmo; já é surpreendente que haja o segundo, ou seja, o fato de doutrinas abrangentes razoáveis.⁷¹ Tendo em vista essa distinção, Rawls se pergunta qual a influência sobre sua estratégia teórica que decorreria do fato de aceitar uma ou outra. Para a compreensão desse problema, é necessário esclarecer a exposição que Rawls faz de sua teoria da justiça, a saber, em dois estágios. No primeiro, ela é introduzida como a *freestanding view*, cuja posição original é o meio de operacionalização, justamente pelo véu de ignorância. No segundo estágio, tendo em vista a estabilidade, o consenso sobreposto passa a gerar um fundamento seguro da aceitabilidade.

O ponto é como aquela distinção afeta ambos os estágios. Quanto ao primeiro estágio, ele não é afetado substantivamente pela ocorrência de um ou outro fato mencionado, pois, se existir o fato do pluralismo razoável, então as pessoas escolherão os princípios de justiça defendidos por Rawls; se houver só o pluralismo

⁶⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 54-5.

⁶⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 58.

⁶⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 59.

⁶⁹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 60-1.

⁷⁰ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 62.

⁷¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 63-4.

não-razoável, será mais urgente ainda que se escolham tais princípios, visto que alguns farão de tudo para abolir a liberdade de pensamento e de consciência. Logo, a distinção não afeta a escolha dos princípios de justiça no estágio primeiro.⁷² Quanto ao segundo estágio, onde a estabilidade é o ponto central, esta, de fato, depende de que o pluralismo não-razoável não seja muito forte,⁷³ em outras palavras, será necessária uma cultura política de tolerância incrustada nas doutrinas razoáveis abrangentes.

Assim, o liberalismo político, forjado nas guerras religiosas, assume o fato do pluralismo razoável,⁷⁴ implicando, inclusive, que o intolerante não possa reclamar da intolerância contra ele, pois se baseia no princípio que ele próprio defende.⁷⁵ No entanto, o limite para se estabelecer uma política de intolerância contra os intolerantes reside na possibilidade efetiva de um risco aos legítimos interesses, tal como a segurança, bem como um risco à constituição que defende a liberdade, a qual não pode ser posta em perigo, nem desestabilizada.⁷⁶ Para abreviar, toda a argumentação de Rawls se cinge a um dos critérios de Locke, a saber, o caráter controverso da matéria, as diferenças de opinião, o que pode ser facilmente confirmado pela formulação do fato do pluralismo.

Pois bem, pense-se no aborto, como sustentou Ely, fetos podem não ser pessoas, mas eles estão longe de serem nada, ou seres irrelevantes. O mesmo vale para a eugenia ou para a eutanásia. É nessa perspectiva que se pode perceber o quanto é importante, para o argumento de Dworkin, negar que o feto seja uma pessoa no sentido da proteção constitucional, pois somente assim se está na aparência de que, por exemplo, o aborto não prejudicaria ninguém, obedecendo ao critério da não-prejudicialidade de Locke, pois, quanto ao primeiro critério, não há como negar que o direito seja eficaz na coibição do aborto, inversamente à sua ineficácia para estabelecer uma religião, pois esta diz respeito a uma conduta, na essência, subjetiva, algo que depende de motivação interior, ao passo que o aborto é um ato objetivo, uma conduta externa.

Com relação ao aborto, Rawls, que parece defender o ponto de vista de um liberalismo mais substantivo, sustenta a possibilidade de votar para decidir a questão, ao passo que Habermas, sendo mais processualista, parece se aproximar mais da própria posição de Dworkin, de tal forma que Habermas parece estar em harmonia com a posição de Dworkin no caso do aborto e Rawls com a de Ely, francamente favorável a uma decisão legislativa sobre o aborto. Cabe observar que o

⁷² RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 64.

⁷³ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 65.

⁷⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. xxvi.

⁷⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999. [First ed. 1971], p. 190.

⁷⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999. [First ed. 1971], p. 192.

jurista Dworkin defende uma posição liberal mais substantiva, ao passo que Ely defende uma posição mais processual.

A diferença de Habermas em relação a Dworkin é que, para ele, a fronteira entre público e privado deve ser ela própria estabelecida discursivamente, sob pena de em nome da moralidade política, se defenderem determinações como sendo tradicionalmente da esfera privada, mas que na verdade concernem a matérias de justiça, como aquelas levantadas pelo feminismo no caso da violência doméstica.

No caso de Dworkin, o Estado está impedido de legislar, quando atingir o igual respeito e consideração. Na gramática dos direitos naturais, poder-se-ia dizer que o Estado só pode restringir, regular, os direitos adquiridos, não os inatos. De fato, parece haver duas posições com respeito ao assunto, aquela que pensa que a liberdade deva ser máxima e só limitada para tornar possível a coexistência, como poderia estar implícita numa certa leitura de Kant, e aquela em que a limitação só não deve ferir o que atinge a igual consideração e respeito, como no caso de Dworkin. Nesse sentido, o Estado que decide por maioria só não pode interferir nas questões mais importantes que firmam o igual respeito e consideração, por exemplo, para Dworkin, aquela do aborto, da eutanásia, da livre expressão, da liberdade sexual e religiosa. De tal forma que, para Kant,⁷⁷ haveria um sistema da máxima liberdade e, para Dworkin, um sistema mínimo indispensável de liberdade. O que, para Dworkin, representa “o” argumento de moralidade política, tal como se manifesta no esquema de trimestres da Suprema Corte, para Rawls é apenas “um” dentre tantos outros que expressam um *reasonable balance*, e pode ser objeto de deliberação.

Na perspectiva de Rawls, profundos desacordos morais sobre o aborto devem ser resolvidos por votação, ao passo que, para Dworkin, obrigam o Estado a respeitar o princípio da autonomia e responsabilidade do indivíduo. Talvez seja isso que Rawls refira ao afirmar querer elevar a uma maior ordem de abstração a doutrina do contrato social.⁷⁸ Tal seria necessário, porque o liberalismo político pressupõe que haja muitas doutrinas compreensivas razoáveis em conflito. Pluralidade razoável de doutrinas conflitantes e incomensuráveis,⁷⁹ de tal forma que “o fato do pluralismo razoável é uma condição permanente de uma sociedade democrática”.⁸⁰ Assim, o maior nível de abstração está em determinar se se pode estatuir um contrato mais abstrato, no sentido de ser possível apesar do fato do pluralismo, ou

⁷⁷ De fato, Kant defende “uma constituição da *máxima liberdade humana*, segundo leis que façam com que a liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade dos outros (não uma constituição da máxima felicidade)” [KANT, I. *Crítica da razão pura*. (Trad. Valério Rohden: Kritik der reinen Vernunft). São Paulo: Abril Cultural, 1980. B 373].

⁷⁸ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. xvii.

⁷⁹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 135.

⁸⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. [Cláudia Berliner: Justice as Fairness – A Restatement]. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 47.

seja, que possa ser endossado por todos.⁸¹ Tal perspectiva é bem-sucedida pagando o preço de se abandonar à discricão do indivíduo, matérias extremamente controversas, que passam, então, a compor as concepções de bem, embora Rawls destine a decisão sobre o aborto não ao indivíduo, mas ao parlamento, diferentemente de Dworkin.

Nesse sentido, Rawls é mais formal do que Dworkin, pois só se ocupa daquelas condições que tornam possível a coexistência justa, ao passo que Dworkin está mais preocupado com a substância da justiça, mormente a igualdade, em casos mais concretos e menos em casos mais abstratos da estrutura da sociedade. Nesse percurso, Rawls está mais inclinado do que Dworkin a alongar a agenda política.

Cabe observar que o paradigma da tolerância religiosa concerne a questões de identidade, mas, no aborto, não é pacífico que seja uma questão de identidade, como pensa Dworkin, e que, portanto, esteja sob a reserva da liberdade religiosa. Não parece, também, ser algo apenas de um equilíbrio de valores como pensa Rawls. Ele parece mais concernir a um princípio de justiça e seria de se perguntar por que não deveria entrar no desenho da posição original. Poderia ser que na posição original de que eu me soubesse sem cérebro, eu escolheria o aborto, mas isso não tem nada a ver com o argumento de Dworkin.

Referências

- ALEXY, Robert. *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. [B. L. Paulson and S. L. Paulson: Begriff und Geltung des Rechts]. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- BECKENKAMP, Joãozinho. Direito como exterioridade na legislação prática em Kant. *Ethic@*. V. 2, n. 2, 2003. p. 151-171. [<http://www.cfh.ufsc.br/ethic@>].
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*. 1962.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988.
- _____. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.
- _____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.
- _____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de processo civil.
- BRÜSEKE, Franz Josef. A modernidade técnica. In LEIS, Héctor Ricardo; SCHERER-WARREN, Ilse; COSTA, Sérgio [orgs.]. *Modernidade crítica e modernidade acrítica*. Florianópolis: Cidade Futura, 2001. [adendo].
- CODIGNOLA, Maria Moneti. From Generation to Production: How the Meaning of "Coming to the World" Changes in the Era of Reproductive Techniques. *ethic@*. Florianópolis, v.3, n.2, 2004, p. 99-106.
- DUTRA, Delamar José Volpato. Dominação da natureza e dominação do homem: verso e anverso do Iluminismo. In LEIS, Héctor Ricardo; SCHERER-WARREN, Ilse; COSTA, Sérgio [orgs.]. *Modernidade crítica e modernidade acrítica*. Florianópolis: Cidade Futura, 2001, p. 177-198.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

⁸¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 135.

- _____. *Life's Dominion. An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. New York: Vintage Books, 1994.
- _____. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- ELY, John Hart. The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade. *Yale Law Journal*. V. 82, 1973, p. 920-949.
- GUYER, Paul. *Kant on Freedom, Law, and Happiness*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- _____. Kant's Deduction of the Principles of Right. In TIMMONS, Mark [ed.]. *Kant's Metaphysics of Morals: interpretative essays*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 23-64.
- HABERMAS, Jürgen. Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 2001.
- _____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung; Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- HECK, José N. Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant. Texto inédito.
- HOLMES, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review*. V. X, n. 8, 1897. p. 457-478.
- HRUSCHKA, Joachim. The Permissive Law of Practical Reason in Kant's "Metaphysics of Morals". *Law and Philosophy*. V. 23, 2004. p. 45-72.
- LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. [1689]. [Trad. A. Aiex: Epistola de tolerantia]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MacINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.
- MUNZER, Stephen Rawls. Kant and Property Rights in Body Parts. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. V. VI, n. 2, 1993, p. 319-41.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. [Revised Edition]. Oxford: Oxford University Press, 1999. [First ed. 1971].
- _____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.