

RECEBIDO EM: 23/10/2019

APROVADO EM: 06/04/2020

TEORIA CONCEPCIONISTA E A RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS SOBRE A PEC 29/2015

CONCEPTIONIST THEORY AND THE CONSTITUTIONALLY ADEQUATE ANSWER: HERMENEUTIC CONSIDERATIONS ON THE PEC 29/2015

Rodrigo Pedroso Barbosa

*Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em
Direito Penal e Processual Penal pela EPD. .*

Edson Vieira da Silva Filho

*Pós Doutor em Direito pela Unisinos. Doutor em Direito pela Unesa. Mestre
pela Universidade São Francisco. Mestre pela Universidade Federal do Paraná.
Professor auxiliar da Faculdade de Direito do Sul de Minas e membro do Núcleo
Docente Estruturante.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A PEC 29/2015 e Sua Justificação; 2 A Omissão Eloquente do Texto Constitucional; 3 Em Busca de uma Resposta Adequada; 4 Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente artigo visa analisar a Proposta de Emenda à Constituição 29 de 2015, para incluir a teoria concepcionista à redação do *caput* do artigo 5º da Constituição da República, tecendo-se considerações sob a ótica da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política, através do método bibliográfico e com marco teórico nas obras de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin. Inicialmente a justificativa para a proposta é analisada, com seus elementos averiguáveis demonstrados como falsos, e os não averiguáveis descartados por sua imprecisão. Passo seguinte, sob a acusação de omissão do texto constitucional, os arquivos históricos da assembleia constituinte são analisados, demonstrando que antes de uma omissão, a não inclusão de uma teoria sobre o marco inicial da vida no texto foi uma decisão positiva do legislador constitucional, relegando o caso específico do aborto à legislação infraconstitucional. Por último, observa-se que a proposta, à luz da Hermenêutica Filosófica, uma vez descartada a justificativa apresentada, é adequada e compatível com a atual constituição, porém, à luz da Hermenêutica Política, a resposta é contrária, pela rejeição da proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Conceptionista. Hermenêutic. Crítica Hermenêutica do Direit. Proposta de Emenda à Constituição.

ABSTRACT: This article aims to analyze the Constitutional Amendment Proposal 29 of 2015, to include the conceptionist theory to the main text of the 5th article of the Brazilian Constitution, making considerations through the light of the Philosophical Hermeneutics and Political Hermeneutics, using the bibliographic method and the theoretical references on the works of Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck and Ronald Dworkin. Initially, the justification for the proposal is analyzed, with its verifiable elements shown to be false, and the non-verifiable ones disregarded due to their imprecisions. On the next step, under the accusation of omission of the constitutional text, the historical archives of the constitutional assembly are analyzed, showing that instead of an omission, the non-inclusion of any theory regarding the initial temporal mark of life in the text was a positive decision by the constitutional legislator, leaving the specific case regarding abortion to the infraconstitutional law. Lastly, the proposal is observed through the lens of the Philosophical Hermeneutics, concluding that, once the original justification is disregarded, it is adequate and compatible with the current constitution, however, through the light of the Political Hermeneutics, the answer is the opposite, and the proposal must be rejected.

KEYWORDS: Conceptionist Theory. Hermeneutics. Critical Legal Hermeneutics. Constitutional Amendment Proposal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar e apresentar considerações sobre a Proposta de Emenda Constitucional 29 de 2015 (BRASIL, 2019a), desarquivada em 12 de Fevereiro de 2019. Tal estudo e análise será feito à luz da Hermenêutica Filosófica, com marcos teóricos em Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Lenio Luiz Streck, bem como da Hermenêutica Política de Ronald Dworkin.

O objetivo principal é analisar se a positivação da teoria concepcionista no texto constitucional, nos termos da Proposta de Emenda à Constituição, se enquadra dentro das propostas e limites da Constituição da República de 1988. Inicialmente, serão analisados, isoladamente, a justificação pelo autor do projeto, em seus diversos pontos.

Como segundo objetivo específico, serão estudados os arquivos e anais da Assembleia Constituinte que levou à criação do atual texto constitucional, para se tentar identificar as decisões do legislador constitucional sobre o tema, se alguma, e se o atual silêncio do texto constitucional é uma omissão ou intencional. Por último, a justificação e a própria proposta, isolada de suas justificações, serão analisados, primeiro pela óptica da Hermenêutica Filosófica, e em seguida da Hermenêutica Política, para verificar sua possibilidade e adequação enquanto resposta nos horizontes constitucionais.

Tais questionamentos são importantes devido à relevância dos temas envolvidos, desde a liberdade religiosa, liberdades individuais, propostas legislativas visando a legalização do aborto e outras, em sentido oposto, tentando remover as atuais permissões legais para a prática, como no caso de estupro. Tudo isso seguindo a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que, na ADPF 54, permitiu o aborto de fetos anencéfalos. As bancadas religiosas estão cada vez mais proeminentes e fortes no congresso nacional (em 2019 com 91 integrantes da bancada evangélicas, 84 na câmara dos deputados e 7 no senado (AGÊNCIA BRASIL, 2019)), e o atual presidente se elegeu sob o *slogan* de “Brasil acima de tudo; Deus acima de todos”.

Inicialmente a justificativa para a proposta é analisada, com seus elementos averiguáveis demonstrados como falsos, e os não averiguáveis descartados por sua imprecisão. Passo seguinte, sob a acusação de omissão do texto constitucional, os arquivos históricos da assembleia constituinte são analisados, demonstrando que antes de uma omissão, a não inclusão de uma teoria sobre o marco inicial da vida no texto foi uma decisão positiva do legislador constitucional, relegando o caso específico do aborto

à legislação infraconstitucional. Por último, observa-se a adequação e compatibilidade da proposta com a atual constituição sob a óptica da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política.

A escolha da hermenêutica filosófica é, antes de tudo, uma opção entre várias possíveis. Não é a única resposta possível, ou necessariamente melhor ou pior do que as demais (e.g. Alexy, Perelman, Habermas). É uma resposta possível e, por si própria, “se distingue somente no nível da objetivação. As respostas não estão – de antemão – à disposição do intérprete, como um catálogo em que este “escolhe” uma delas como sendo a melhor” (STRECK, 2017b, p. 410).

Em toda pesquisa há a necessidade da realização de um corte epistêmico e, assim, reconhece-se, porém não se endereça, questões como a da total descriminalização do aborto, objeto da ADPF 442 (BRASIL, 2019n). Também a questão específica do Princípio da Vedação ao Retrocesso, que tem relação direta com mudanças normativas desta espécie (que tratam tanto do direito à liberdade individual como de fundamento teológico) merece um estudo próprio à luz da Hermenêutica Filosófica que, se aqui empreendido, não apenas mudaria o norte do presente trabalho, como resultaria, devido a necessária reconstrução de horizontes, muito exceder os limites de um artigo científico. Por último, a questão específica da laicidade (*in casu*, a incorporação de normas de cunho teológico) não é aqui debatida pelo mesmo motivo, sendo melhor trabalhada em outro lugar (BARBOSA, 2020).

O presente trabalho utiliza o método bibliográfico, com a análise do projeto de emenda constitucional objeto dos estudos, do texto constitucional, legislação pátria e obras dos marcos teóricos Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Lenio Luiz Streck e Ronald Dworkin, e documental, com análise dos anais da assembleia nacional constituinte.

1 A PEC 29/2015 E SUA JUSTIFICAÇÃO

Em 12 de Fevereiro de 2019, o Senado Federal desarquivou a PEC 29/2015:

O Plenário do Senado Federal decidiu nesta terça-feira (12) desarquivar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 29/2015, que altera o art. 5º da Constituição para determinar a “inviolabilidade do direito à vida desde a concepção”. A concepção ocorre quando o espermatozoide encontra o óvulo dentro da trompa de falópio e o fertiliza, dando

origem ao zigoto. A proposta será enviada para análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) (BRASIL, 2019k).

O projeto, registrado como de autoria de 29 Senadores de diversos partidos e posições no espectro político (direita, centro e esquerda), visa alterar o *caput* do art. 5º da Constituição Federal, e contém essencialmente esta única previsão:

Art. 1º - o *caput* do artigo 5º passa a ter a seguinte redação:

“Art. 5º - 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 a vida desde a concepção, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (NR)

Art. 2º - Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação (BRASIL, 2019a).

A justificação é bastante sumária e, uma vez que é parte essencial de qualquer análise sobre o presente projeto, deve ser transcrita na íntegra:

A presente emenda constitucional não altera absolutamente nada no artigo 5º, ela apenas acrescenta o termo “desde a concepção”.

A omissão no texto constitucional sobre a origem da vida vem permitindo grave atentado à dignidade da pessoa humana que se vê privada de proteção jurídica na fase de gestação, justamente a fase em que o ser humano está mais dependente de amparo em todos os aspectos.

Nossa Carta Magna foi promulgada no ano de 1988. Os enormes avanços na ciência registrados nos últimos 20 anos na FETOLOGIA e na EMBRIOLOGIA com o conhecimento do nosso DNA vieram ressaltar a concepção como o único momento em que é possível identificar o início da vida humana.

Em poucos dias de gestação o coração já está funcionando. Entre 11 e 12 semanas todos os órgãos já estão presentes no corpo da criança. Atualmente é cientificamente possível garantir a perfeita sobrevivência de uma criança nascida de um parto com apenas 18 semanas de gestação, algo completamente impossível na década de 80.

Portanto, este pequeno acréscimo, de apenas um termo esclarecendo ao artigo 5º, adequa nossa Constituição Federal aos atuais avanços

científicos e terá o poder de garantir o direito à vida de milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica.

Sala das Sessões, de 2015

Senador Magno Malta (BRASIL, 2019a)

Alguns detalhes, dignos de nota, devem desde já ser destacados: a afirmação de que em nada altera o texto do artigo; a afirmação de que o texto constitucional foi omissivo; a afirmação que o conhecimento sobre DNA tem relação com o momento de origem da vida; a afirmação que cientificamente a concepção é o único momento possível de início da vida humana; a possibilidade de garantia de sobrevivência de uma criança nascida de um parto com apenas 18 semanas de gestação; que a proposta visa adequar a constituição aos avanços científicos; que milhares de crianças são assassinadas por falta dessa proteção jurídica; e a assinatura do Senador Magno Malta.

Inicialmente, vale caracterizar do que se trata o DNA, o Ácido Desoxirribonucleico. Trata-se de uma macromolécula (e, portanto, nem mesmo uma célula) (FERREIRA, 2019). Apesar do DNA ser a estrutura que identifica os seres vivos, este não é, em si, vivo, sendo apenas uma cadeia de nucleotídeos, e não possui qualquer relação com o momento de início da vida, podendo ser encontrado nas células mesmo depois da morte, e nos gametas masculino e feminino. Assim, o “conhecimento do nosso DNA” não possui qualquer relação com o início da vida.

A afirmação de que a atual ciência pode garantir a sobrevivência de crianças nascidas de um parto com apenas 18 semanas também carece de qualquer fundamentação. Cientificamente, o limite de viabilidade, quando a chance de sobrevivência é de 50%, ocorre na 24 semana, e tal limite se encontra essencialmente inalterado desde a década de 1990. Para fins médico-estatísticos, as chances de sobrevivência de uma criança nascida de um parto com apenas 18 semanas é 0%.¹ Atualmente, as duas crianças mais jovens a sobreviver a um parto prematuro são James Elgin Gill (CANADA.COM, 2019), Canada, com 21 semanas e 5 dias de gestação e Amillia Taylor (BBC NEWS, 2019), EUA, com 21 semanas e 6 dias de gestação.

Uma vez que a justificativa não especifica a quais avanços científicos se refere, é impossível analisar a veracidade desta afirmação. Entretanto, já

1 Diversos estudos científicos relevantes devem ser citados. Entre eles: KAEMPF, J. W. *et al.* (2019), MORGAN, M. A.; GOLDENBERG, R. L.; SCHILKIN, J (2019).

foram devidamente descartados o “conhecimento do DNA” e a falácia sobre a garantia de sobrevivência de um parto com apenas 18 semanas, restando apenas a questão do suposto consenso científico sobre o início da vida na concepção.

A definição de que milhares de crianças brasileiras são assassinadas é também problemático por sua imprecisão bem como conflito de definições. Claro, se equiparar-se um nascituro com uma criança, e um aborto com assassinato, essa leitura poderia ser feita. O quantitativo de “milhares” também carece de maiores esclarecimentos, pois abortos legais não chegam a “milhares” em um ano, ao passo que os ilegais, estes sim, chegam a centenas de milhares.²

Afirma também o senador, na justificativa, que de acordo com a ciência, somente é possível identificar a concepção como o início da vida. Tal posição também não se sustenta. Inclusive, as ciências biológicas ainda indicam que 17 momentos podem ser considerados como o início da vida humana, conforme indica a Dra. Ricki Lewis, PhD em genética, escrevendo para a *Public Library of Science*. Notadamente, 2 dos momentos possíveis, e já aventados, ocorrem anteriormente à concepção. No caso, a autora indica que, em sua opinião, o marco temporal mais adequado é o da 21ª semana (14º marco temporal de sua listagem), quando o feto possui uma chance muito pequena de se tornar um bebê prematuro, se feito o parto (LEWIS, 2019). Anthony KENNY (2008) oferece, pragmaticamente, três possibilidades: na concepção, no nascimento, ou entre os dois. Conclui, emitindo sua opinião, que o marco deve ser o 14º dia de gestação, correspondente ao 9º marco temporal da lista de possibilidades da Dra. Ricki Lewis. Independente de qual marco temporal é o escolhido, não há nenhum consenso científico.

Restam, assim, dois pontos da justificativa a serem considerados. O primeiro, sobre a omissão no texto constitucional, e o segundo sobre o proponente, o senador Magno Malta, ambas merecendo considerações mais profundas.

2 A OMISSÃO ELOQUENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Sobre a assertiva de que o texto constitucional foi omissivo, tal assertiva pode ser facilmente desconstruída, através de uma análise dos Anais da Assembleia Constituinte e das Bases de Dados da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Uma busca pela palavra “concepção”

² O Huff Post Brasil, citando como fonte o Ministério da Saúde, indica 1.636 abortos legais no Brasil em 2017. No mesmo ano, de acordo com o Datasus, foram registrados 190.510 internações e procedimentos decorrentes de abortos ilegais. Uma proteção jurídica poderia impedir os primeiros, hoje legais, mas não os últimos, já ilegais. Fonte: HUFFPOST (2019).

retorna nada menos que 368 resultados, dentre os quais 275 Emendas, 69 Avulsos, 16 Sugestões e 8 Artigos.

A Emenda 00089 de 30/06/1987, comissão de sistematização, de autoria do constituinte Nilson Gibson (PMDB/PE) propunha a adequação da alínea “A” do inciso I do art. 12 do Projeto de Constituição, acrescentando-se a redação “O Estado garante o direito à vida, desde a concepção sendo punidos por lei práticas e normas abortivas.”. Tal emenda foi rejeitada, com o argumento de que “Assuntos amplamente debatidos, a opinião predominante é no sentido de remeter à legislação ordinária (penal), a punição do aborto” (BRASIL, 2019b).

Em sentido contrário, foi rejeitada a emenda 08888 de 07/08/1987, de autoria de Jamil Haddad (PSB/RJ), proposto a inclusão na enumeração do art. 347 do projeto de constituição, incluindo o direito de interromper a concepção. Novamente, o motivo da rejeição foi que “[n]ão consideramos que o tema “aborto” seja matéria constitucional. A sua criminalização ou não deve ser objeto do código penal” (BRASIL, 2019c).

Nota-se, também, a emenda 00223, comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, parcialmente aprovada, de autoria de Haroldo Lima (PCdoB/BA), que visava suprir a expressão “desde a sua concepção até a morte natural, nos termos da lei” do inciso I do art. 301 (único) do anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais (BRASIL, 2019d).

Mais veementemente é o parecer que rejeitou a emenda 00070, comissão de sistematização, proposta por Sotero Cunha (PDC/RJ) para dar ao art. 263, §4º do projeto de constituição a garantia aos homens e mulheres de determinar o número de seus filhos e planejamento familiar, “sem infringir o princípio de proteção à vida desde a concepção”. Tal posição foi rechaçada, com o parecer:

A emenda abrange o §4o. do artigo 263 do Projeto de Constituição (A), modificando sua redação no sentido de nele incluir princípio de proteção à vida, desde a concepção. Visa a Emenda a não deixar aberto o caminho para a prática livre do aborto, ou seja, para impedir que um casal tenha, em suas mãos, o direito de decisão sobre vida ou morte do filho.

Pela rejeição, por referir-se à vida desde a concepção. Trata-se de posicionamento contrário ao aborto, o que diverge da orientação adotada pela Comissão de Sistematização, que considera a matéria afeta à legislação ordinária (BRASIL, 2019e). (grifo nosso)

Por último, vez que diante de tantos exemplos alguns devem ser selecionados, em detrimento de outros, destaca-se a também rejeitada emenda 01721, comissão de sistematização, de Matheus Iensen (PMDB/PR) em 13-01-1988, pela nova redação do §2º do art. 6º do projeto de constituição, apontando que “a lei protegerá a vida, desde a concepção [...]”. Tal emenda foi selecionada não pelo seu teor, igual a tantos outros, mas pela justificativa sobre “a necessidade dessa proteção, melhor uma obrigação, como decorrência de uma lei Divina”, apontando a fundamentação bíblica para tal em Levítico, capítulo 17, versículos 11 e 14, deixando claro a motivação religiosa e, mais ainda, no livro sagrado de uma religião específica (BRASIL, 2019f).

Nos debates constitucionais, em especial da Comissão de Sistematização, pode se observar, novamente, a proposição da teoria concepcionista, nas palavras Sra. Constituinte Sandra Cavalcanti, ao afirmar:

[...] O direito à vida começa a partir do momento da concepção, e o feto tem que estar igualmente protegido da tortura, da violência que é um aborto provocado, pela mesma alínea que, amanhã, vai proteger o adolescente, o moço e o adulto. Para compatibilizar este texto, a alínea a terá que ter uma outra redação: “adquire-se a condição de sujeito, de direito à vida desde a concepção” (BRASIL, 2019g, p. 174)

Já a Sra. Maria Amélia de Almeida Teles levou a seguinte redação para uma proposta de futura Constituição contendo:

Art. 2º A mulher tem o direito de conceber, evitar a concepção ou interromper a gravidez indesejada, até noventa dias de seu início. Compete ao Estado garantir esse direito através da prestação de assistência integral às mulheres na rede de saúde pública.

Parágrafo único. Serão respeitadas as convicções éticas, religiosas e individuais. (BRASIL, 2019g, p. 347)

Sobre tal proposta, comenta o Sr. Constituinte Virgílio Guimarães que “a sua proposta é bastante completa: o direito de interromper a gravidez e decidir sobre a maternidade, o direito de assistência para poder ser mãe em boas condições – coisa que não está existindo no Brasil.” Ao que completa a Sra. Maria Amélia de Almeida Telles, apontando que dados da ONU demonstram que, no Brasil, a cada 100 partos que são realizados 50 seriam abortos, e 4 milhões de abortos anualmente que provocam 400 mil mortes de mulheres, sendo a quarta *causa mortis* de mulheres em idade fértil (BRASIL, 2019g, p. 348).

Digno de nota, a título de aparte e com pertinência temática, o pronunciamento seguinte do Sr. constituinte Mário Maia, em seu relato:

Mas quero falar, principalmente, como médico, cirurgião, ginecologista, obstetra, anesthesiologista e como médico de aldeia, que trabalhou e ainda trabalha nos adentrados de nosso País. Quero dizer que, ao longo dos meus 32 anos de atividade médica, nunca surpreendi uma mulher que engravidasse com a intenção de depois abortar. A mulher, às vezes, é levada pelas circunstâncias a praticar o aborto de uma gravidez indesejável, mas ela, previamente, não desejou e não teve nunca a maldade de querer engravidar pelo simples fato de depois abortar. Acho que isso é muito importante para a apreciação desse problema, pois quando se conceitua a vida, nós perguntamos: é uma situação, é um conceito criado pelo homem quando começa a vida? Estabelecemos, dentro da nossa moral ocidental, que a vida começa no momento da concepção. Entretanto, o óvulo é uma célula viva que vai gerar vida; o espermatozóide é também uma célula viva que vai gerar vida. Quando se coloca a camisa-de-vênus não se está evitando também a vida? Não se está abortando a vida, antes da concepção? (BRASIL, 2019g, p. 348-349)

As atas das comissões, aqui representada, é bastante extensa. Nada menos do que 2397, onde a palavra “concepção” aparece 111 vezes, e a expressão “desde a concepção” 17 vezes. A palavra “aborto”, por sua vez, surge 108 vezes no texto.

Não se pode negar que o texto constitucional, enquanto aprovado, não apresenta uma definição do momento de início da vida, mas isto não é uma omissão, mas sim, como se observa, uma decisão comissiva por parte do legislador constitucional. Perante tantas discussões, e tantas emendas, fica clara a posição do legislador que o tema, em especial no que se refere ao aborto, pertence à esfera infraconstitucional.

A intenção do legislador não é, sempre, parte do método interpretativo. Na escola da exegese, era considerado o único suplemento admitido. Nas palavras de Rafael Lazzarotto Simioni:

O único suplemento admitido era o recurso à vontade do legislador, por meio da chamada interpretação lógica. A referência à lógica, aqui, está no sentido da lógica de dedução da vontade do legislador para suplementar a insuficiência dos elementos gramaticais do texto legal. Um formalismo bastante seguro em termos de controle dos

argumentos e das decisões possíveis, mas exageradamente reducionista em termos de capacidade intelectual e de abrangência normativa do direito. A redução de todo o direito ao texto da lei, na sombra da vontade do legislador, simplificava bastante a interpretação jurídica. [...] A fonte do direito continuava sendo, portanto, o suficiente e exclusivo texto da lei. Somente na interpretação desse texto é que se tornava possível suplementar o seu sentido gramatical com a vontade do legislador (SIMIONI, 2014, p. 41-42).

Outros métodos interpretativos são possíveis, inclusive descartando a intenção do legislador. Porém, fica demonstrado que uma acusação de omissão no texto constitucional não se sustenta. A decisão pela não inclusão da teoria concepcionista, com a demarcação de que a vida começa na concepção, é gritante em seu silêncio.

3 EM BUSCA DE UMA RESPOSTA ADEQUADA

Como nos ensina Heidegger e Gadamer, não existe grau zero de sentido. Toda interpretação pressupõe précompreensões (HEIDEGGER, 2015, p. 232 *passim*). “Dizendo de modo mais simples: só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a précompreensão, que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’”, compreensão que “está imersa em uma facticidade e historicidade do intérprete as quais são a condição de possibilidade para qualquer interpretação” (STRECK, 2017a, cap. 32).

A compreensão não deriva mais de uma subjetividade do sujeito (relação sujeito-objeto), sendo algo existencial que nos constitui como seres humanos (STRECK, 2017a, cap. 32). Mas, mesmo assim, uma proposta não pode se desligar de seu propositos e seus pré-juízos e, apesar da visão sujeito-objeto ser considerada superada pela hermenêutica filosófica, ela ainda demonstra as motivações, ainda que corrompidas, por trás de muitos discursos (e não uma real compreensão).

No caso, o então Senador Magno Malta (por ocasião da propositura do projeto), que assina a PEC sob análise, é pastor evangélico, formado em Teologia pelo Seminário Teológico Batista do Norte do Brasil (BRASIL, 2019h). Assim, nada mais do que esperado que sua interpretação, construída por sua própria história (pré-juízos), assuma um viés religioso da linha abraâmico-judaica. Visão que postula que a vida começa na concepção, entre outros preceitos e dogmas, inclusive se valendo do livro sagrado citado como fundamentação para a Emenda 01721 ao projeto

de Constituição da Comissão de Sistematização, anteriormente visto. Isso não implica que necessariamente as motivações do então senador sejam puramente religiosas, ou que motivações de origem religiosa sejam automaticamente ilegítimas ou inadequadas. Porém, nos limites do texto de sua justificativa (e o texto é condição de possibilidade hermenêutica), os demais pontos não se sustentam apresentando, assim, a aparência de mera apologia para as reais razões.

Menos especulativo e mais evidente é a proposta representar um efeito *backlash* (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 103-132) contra recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial, de um lado, a ADPF 54 (BRASIL, 2019i) relativa à interrupção da gravidez de feto anencéfalos, bem como pela constante pressão de grupos sociais para que o legislativo ou a corte suprema descriminalizem o aborto. E, do outro, as infrutíferas tentativas de se criminalizar até mesmo os abortos atualmente permitidos, como no caso de estupro. Tal motivação contra o aborto é clara pela própria justificativa apresentada, que cita “milhares de crianças brasileiras que são assassinadas por falta de proteção jurídica” (BRASIL, 2019a).

Independentemente da validade das justificativas no presente caso, que da mesma forma poderiam ser diversas, é válido uma análise de se o conteúdo da proposta, a alteração, é possível e adequado dentro de um horizonte legítimo de sentido, de uma interpretação adequada à constituição.

Uma interpretação hermenêutica deve partir das condições de possibilidade, sendo a primeira o próprio texto. Uma vez que não há consenso real ou aparente, nem mesmo uma posição majoritária, conforme demonstrado anteriormente, sobre o início da vida humana, a colocação da concepção como marco inicial terá, obrigatoriamente, origem diversa. Assim, o pré-juízo apresentado é falso. No direito, o mais próximo que se tem é o art. 2º do Código Civil (BRASIL, 2019m), que afirma que a personalidade civil começa no nascimento, mas os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção. Utilizar tal referencial, entretanto, apresenta dois problemas, o menor dos quais é que nada fala sobre o início da vida humana, apenas sobre personalidade civil e guarda de direitos potenciais; e o maior por se tratar de legislação ordinária.

Da mesma forma, o Código Penal (BRASIL, 2019l) apresenta uma clara separação entre o homicídio, matar alguém, e o aborto, interromper uma gestação. Feita a devida ressalva de se tratar, também, de legislação ordinária, o Código Penal apresenta uma clara separação entre a vida

humana e a “vida”³ gestacional. Destaca-se, inclusive, que o marco inicial para a possibilidade da prática do aborto não é a concepção, mas sim a nidadação, conforme lições de Luiz Regis Prado:

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno (nidadação). (PRADO, 2019, p. 86)

Ainda que um texto infraconstitucional não deva (possa?) funcionar como limite para o texto constitucional, este pode ser importante para a compreensão, uma vez que, como indicado anteriormente, de acordo com a hermenêutica filosófica, a compreensão pressupõe précompreensões, que são sempre históricas e, ainda, não há diferentes hermenêuticas, uma constitucional e outra infraconstitucional.

Assim, excluídas as possíveis origens jurídicas e científicas para a escolha interpretativa de que a vida humana começa na concepção, restam outras origens possíveis, a mais clara, conforme a origem histórico-pessoal do propositor, bem como a clara referência feita ao texto bíblico na Ementa 01721 ao projeto de Constituição da Comissão de Sistematização, anteriormente visto, a origem religiosa surge com evidente probabilidade.

O texto constitucional possui 3 principais dispositivos de particular importância para o caso, todos interconectados. O primeiro é o art. 5º, inciso VI que afirma ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, essencialmente garantindo a liberdade religiosa tanto na esfera interior (crença) como sua externalização (culto). O segundo é o art. 19, inciso I, que veda ao Estado estabelecer relações diversas com religiões. Em sua redação:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes

3 Opta-se pelo uso de *aspas* pois, mesmo na literatura científica, a caracterização do que significa vida é problemática, se optando por um modelo de “vida como conhecemos”, onde organismos unicelulares são considerados vivos, como amebas, porém vírus, que possuem diversas características de seres vivos, não são assim considerados. Tal discussão foge do escopo do presente artigo, porém a nota se faz necessária para melhor contextualização.

relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL, 2019j)

Essencialmente, o art. 19, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 2019j) veda ao estado possuir uma religião oficial ou demonstrar preferência para com uma em detrimento das demais. Por último, o atual *caput*, do art. 5º, quando estabelece o direito à vida, não faz nenhuma qualificação ou especificação sobre seu início.

O que se observa é uma perfeita sintonia entre os 3 dispositivos apontados, em sua forma atual. O direito à vida é garantido, porém sem dar preferência para a vida conforme definida por uma tradição religiosa específica e, assim, garantindo a liberdade de crença e culto de todos, que podem possuir definições diferentes sobre o início da vida.

Como aponta STRECK (2017b, p. 253-254), “devemos levar o texto a sério”, pois o texto é evento. Os textos tratam de coisas e a interpretação deve se voltar para essa coisa.

Toda interpretação correta em que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas” (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente “a tarefa primeira, constante e última”. (GADAMER, 2015, p. 355)

Assim, qualquer interpretação correta deve ter como a tarefa primeira, constante e última voltar seu olhar para o texto. O texto é, assim, um limite do possível. A compreensão, inseparável da interpretação, deverá acontecer dentro deste limite, mas inevitavelmente irá incorporar pré-juízos. Alerta STRECK (2017a, cap. 33):

Como não existe grau zero de sentido, sempre partimos de algum lugar. Por certo, Gadamer reabilita a autoridade de tradição e, ao mesmo tempo, afirma que a condição de possibilidade da compreensão, são os pré-juízos que operam conosco no momento em que nos aproximamos de um texto.

[...] Os pré-juízos são condições de possibilidade da compreensão porque nos permite projetar sentido. Entretanto, o sentido projetado só pode se confirmar se ele for derivado de um pré-juízo legítimo (autêntico, verdadeiro). Pré-juízos ilegítimos geram projetos

de sentido ilegítimos e, inevitavelmente, fazem a interpretação incorrer em erro. Apenas quem suspende os próprios pré-juízos é que interpreta corretamente.

A interpretação do texto constitucional como omissa quando ao marco inicial da vida, em especial ao aborto, é um pré-juízo ilegítimo, pois parte de uma premissa inverídica.

Conforme observado, o texto constitucional representa um produto de decisões constitucionais, político-jurídicas, do legislador constitucional. A não inclusão de tal marco não foi uma omissão, mas uma decisão positiva/comissiva intencional. Mais que isso, a decisão de não abordar a questão do aborto, relegando essa à legislação infraconstitucional, faz parte do DNA da Constituição, de sua sistematização. Não foi um esquecimento ou um erro, mas uma decisão fundamentada e motivada. É um silêncio eloquente, cuja tradição e DNA histórico pode ser observado nos próprios debates e pareceres que levaram à criação da atual carta magna.

Entretanto, uma vez eliminados os pré-juízos ilegítimos, não há impedimentos que impeçam uma norma constitucional de ter origem religiosa. Exemplo máximo é a própria liberdade de crença. Portanto, o DNA religioso em si não pode, em termos da hermenêutica filosófica, ser uma barreira, desde que respeite os limites impostos pelo texto constitucional, materializado na forma das cláusulas pétreas. Essencialmente, se a alteração proposta, corretamente compreendida e interpretada, não apresentar redução das liberdades e garantias individuais.

No caso em pauta, tal redução não é evidente, apesar de serem possíveis argumentos em contrário. Mesmo que seja um *backlash* em relação a decisões relativas ao aborto, a alteração não oferece barreira total dentro dos atuais limites normativos e permissivos, as hipóteses de aborto legais, da mesma forma que a proteção à vida não impede as excludentes de ilicitude para o homicídio. Argumentos sobre a alteração se tornar uma potencial barreira para uma eventual legalização do aborto são, na melhor das hipóteses, especulativos. A realidade atual, no tempo e local presentes, o ser-no-tempo hermenêutico é de que o aborto é prática ilegal, com hipóteses que excluem a ilicitude ou tipicidade da prática.

Assim, à luz da hermenêutica filosófica, a solução apresentada não é adequada à justificativa utilizada, por se basear em pré-juízos ilegítimos. Porém, a alteração em si, isolada das justificativas apresentadas, é compatível e adequada à constituição.

Fora da hermenêutica filosófica, entretanto, outros argumentos são possíveis, em particular encontrados na hermenêutica política de Dworkin. Uma vez constatado que o argumento é teológico, este deve ser descartado.

Algumas pessoas acreditam, por razões teológicas, que no momento da concepção Deus dota o feto de uma alma racional, e que uma alma racional tem o direito moral à vida. Contudo, quase todos os que defendem este ponto de vista teológico também admitem que ele não é relevante para a interpretação constitucional, que a Constituição insiste em uma firme separação entre Estado e Igreja, e que os argumentos doutrinários de natureza religiosa não têm validade jurídica. (DWORKIN, 2009, p. 151)

Dworkin refere-se, no texto, à constituição dos Estados Unidos da América, que possui uma separação mais forte entre o Estado e Igreja que a brasileira. Entretanto, também na constituição pátria esta separação é indicada, ainda que de forma um tanto tímida, no art. 19, I, transcrito anteriormente, e portanto o argumento continua válido. Como indica o autor:

Desde o século XVIII, as democracias ocidentais haviam começado a rejeitar, na esfera política, os argumentos explicitamente teológicos. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição estipula que o Congresso não tem o poder de estabelecer nenhuma religião em particular, nem de legislar a serviço de qualquer dogma ou metafísica religiosos. (DWORKIN, 2009, p. 62)

Ora, para Dworkin, assim, argumentos teológicos estariam na esfera da moral pessoal, e não da moral política. Seriam, no máximo, argumentos de política pública, que não têm lugar no direito ou, melhor dizendo, não podem prevalecer sobre os princípios de moralidade política. E a integridade do direito também se manifesta na integridade da legislação, que “exige que os legisladores tentem manter o conjunto das leis moralmente coerentes” (SIMIONI, 2014, p. 374). Este limite vai além dos desvelados pela hermenêutica filosófica, indo além das chamadas cláusulas pétreas, devendo resguardar a moral política.

Portanto, na Hermenêutica Política, a resposta adequada seria a não inclusão da alteração, sem uma limitação ampla pelo Estado, mas sem prejuízo da liberdade pessoal (DWORKIN, 2005, p. 157). Assim, mantendo-se a forma atual e o equilíbrio entre os 3 dispositivos constitucionais indicados, ter-se-ia um grau adequado de garantia preservando a liberdade do indivíduo, e a integridade na legislação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a Proposta de Emenda à Constituição 29 de 2015, a traçar considerações à luz da Hermenêutica Filosófica e da Hermenêutica Política.

Análise inicial da proposta encontra em sua justificação elementos totalmente falsos. Informações sobre um suposto consenso científico sobre o marco inicial da vida humana, bem como a garantia da medicina de sobrevivência de crianças nascidas com 18 semanas de gestação provaram-se nada mais que fábulas, sem qualquer fundamentação, totalmente desconexas de fatos averiguáveis. Questões sobre o conhecimento sobre o DNA não possuem, como demonstrado, nenhuma relação com o assunto, e cientistas indicam a possibilidade, ainda debatida, sobre nada menos que 17 possíveis marcos temporais para o início da vida humana, dois dos quais anteriores à concepção. Alguns argumentos, pela sua imprecisão, são impossíveis de se verificar, como milhares de crianças serem assassinadas, termos ambos imprecisos e indefinidos, e, portanto, carentes de falseabilidade.

Posteriormente, ainda em decorrência da justificação de que o texto constitucional foi omissivo, foram analisados documentos históricos dos anais da assembleia constituinte, bem como propostas de emenda ao projeto do texto constitucional, podendo ser verificado que, longe de uma omissão, a questão foi amplamente debatida e fez parte de dezenas, se não centenas, de propostas de emenda, com o legislador constitucional sistematicamente rejeitando a questão, em especial quanto sua relação com o aborto, que foi decidido ser matéria afeta a legislação infraconstitucional. Assim, longe de uma omissão, a não inclusão do marco inicial da vida no texto constitucional foi uma decisão positiva, ato comissivo, do legislador.

Por último, descartando-se a justificação para a proposta, averiguou-se que, à luz da Hermenêutica Filosófica, não há nenhum impedimento para a sua adoção, sendo adequada à constituição. Destaca-se que a Hermenêutica Filosófica é única, não havendo uma constitucional e outra infraconstitucional e, assim, sendo adequado o tema ser tratado infraconstitucionalmente, respeitando-se os limites e garantias, sem redução de direitos e proteções, a matéria é perfeitamente adequada para o texto constitucional, afeito à discricionariedade do poder reformador, independentemente de a fonte original que motivou foi de viés religioso.

Já a luz da Hermenêutica Política a resposta é em sentido oposto. Uma vez que é identificado o discurso teológico, única fonte da teoria concepcionista, esta deve ser rejeitada, tornando o argumento inválido.

Além disso, por representar uma potencial redução da liberdade individual, também não é compatível com o atual sistema constitucional.

Retornando à análise realizada nos arquivos históricos da assembleia constituinte, também sobre este aspecto, do argumento da “vontade do legislador” (típico da escola da exegese e, portanto, amplamente considerado como superado), também tal inclusão não se mostra adequada.

Observa-se, finalmente, que à luz dos próprios limites constitucionais, a proposta é possível, não violando os limites do poder reformador e, uma vez que não se funda em consenso sobre o momento que define o início da vida humana, é uma questão de política legislativa, sujeita ao crivo discricionário do Constituinte Reformador.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. *Em crescimento, bancada evangélica terá 91 parlamentares no Congresso*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/em-crescimento-bancada-evangelica-tera-91-parlamentares-no-congresso>>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BARBOSA, Rodrigo Pedrosa. *Laicidade e Hermenêutica*: compreendendo o Estado Laico no Brasil contemporâneo em busca de uma resposta adequada à constituição. Belo Horizonte: Dialética, 2020. No prelo.
- BBC NEWS. *Most-premature baby allowed home*. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6384621.stm>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019j.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 fev. 2019m.
- BRASIL. Senado Federal. *Assembléia Nacional Constituinte (Atas de Comissões)*. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2019g.
- BRASIL. Senado Federal. EMENDA:00070 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/66538.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019e.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:00089 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/30454.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019b.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:00223 PARCIALMENTE APROVADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-E/7972.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019d.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:01721 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-S/66538.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019f.

BRASIL. Senado Federal. EMENDA:08888 REJEITADA. *Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988*. Disponível em: <<http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-M/39246.html>>. Acesso em: 25 fev. 2019c.

BRASIL. Senado Federal. Magno Malta – ES. *Senadores*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/631>>. Acesso em: 25 fev. 2019h.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120152>>. Acesso em: 25 fev. 2019a.

BRASIL. Senado Federal. *Senado desarquiva PEC que estabelece inviolabilidade do direito à vida desde a concepção*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/02/12/senado-desarquiva-pec-que-estabelece-inviolabilidade-do-direito-a-vida-desde-a-concepcao>>. Acesso em: 25 fev. 2019k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. ADPF - adequação - interrupção da gravidez - feto anencéfalo - política judiciária - macroprocesso. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 26 fev. 2019i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL). Intimado: Presidente da República. Relator: Rosa Weber. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 1 Abr. 2019n.

CANADA.COM. *Miracle Child*. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20071209065838/http://www.canada.com/topics/bodyandhealth/story.html?id=db8f33ab-33e9-429f-bedc-b6ca80f61bdc>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- FERREIRA, Fabricio Alves. DNA. *Brasil Escola*. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/biologia/dna.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2015.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Maria Sá Cavalcante; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2015.
- HUFFPOST. *Aborto no Brasil*: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/31/aborto-no-brasil-como-os-numericos-sobre-abortos-legais-e-clandestinos-contribuem-no-debate-da-descriminalizacao_a_23486575/>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- KAEMPF, J. W. *et al.* Medial Staff Guidelines for Periviability Pregnancy Counseling and Medical Treatment of Extremely Premature Infants. *Pediatrics*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1542/2004-2547>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- KENNY, Anthony. The Beginning of Individual Human Life. *Daedalus*. Vol. 137, No. 1, On Life (Winter, 2008). p. 15-22.
- LEWIS, Ricki. *When Does a Human Life Begin? 17 Timepoints*. Disponível em: <<https://blogs.plos.org/dnascience/2013/10/03/when-does-a-human-life-begins-17-timepoints/>>. Acesso em: 25 fev. 2019.
- MORGAN, M. A.; GOLDENBERG, R. L.; SCHILKIN, J. Obstetrician-gynecologists' practices regarding preterm birth at the limit of viability. *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/14767050701866971>>. Acesso em: 28 fev. 2019.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan-dez 2011. p. 103-132.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 2*. 8. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea*: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, MG: Letramento – Casa do Direito, 2017a. *Ebook*.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.