



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

LUIZ FERNANDO GOMES ASSAD

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO:
O declínio da norma e a desumanização do Direito**

**BRASÍLIA
2020**

LUIZ FERNANDO GOMES ASSAD

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO:

O declínio da norma e a desumanização do Direito

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof.^a Raquel Tiveron.

BRASÍLIA
2020

LUIZ FERNANDO GOMES ASSAD

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO:

O declínio da norma e a desumanização do Direito

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Prof.^a Raquel Tiveron.

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2020.

BANCA EXAMINADORA

Professora Raquel Tiveron
Orientadora

Professor Examinador

Para o digníssimo padre Paulo Ricardo de
Azevedo Junior, pai, amigo e mestre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente a todos os que passaram pela minha vida acadêmica. Aos meus queridos colegas de classe, professores e grandes mestres que, ao longo deste tempo de amadurecimento, tanto fora como dentro desta formidável instituição, foram essenciais no caminho que fiz até aqui.

Não poderia deixar de registrar um agradecimento especial ao núcleo central de qualquer vida humana, responsáveis pela formação de nossas personalidades, gestos, espiritualidade e amor, minha família. Aos meus pais, Mônica e Luiz Afonso, minha eterna gratidão e admiração. Seus exemplos de maturidade, juntamente com os tantos conselhos, a paciência com meu gênio por vezes difícil, e também o suporte incondicional em tantos momentos dolorosos são a expressão de que qualquer forma de amor só é reconhecível a partir dos sacrifícios visíveis, e não dos meros sentimentos que nutrimos uns pelos outros. Vi isso em vocês, e por isso espero que, nesta vida e na próxima, possamos estar juntos amando o Amado.

Para a minha querida irmã, amiga acima de toda amizade, de tantos consolos, debates e até atritos, saiba que, ainda que incompatíveis os nossos gênios em muitos momentos, em ti eu encontro aquela segurança expansiva e amorosa que tantas vezes me falta. Obrigado por estar comigo e, a seu modo totalmente único e amoroso, me mostrar as alegrias e os sofrimentos, assim como a maturidade que a vida adulta espera de nós! Espero que nossa cumplicidade e amizade durem por toda a Eternidade!

Aos professores que marcaram meus semestres letivos: Altair Stemler da Veiga, a grandiosa professora de Introdução ao Direito, assim como a professora Anna Porto, Thaís Riedel, Ivo Teixeira Gico Junior (com quem tive desentendimentos teóricos, mas sempre louvável por sua intelectualidade afiada) e tantos outros que marcaram meu caminho até aqui, assim como a doçura e a amizade da professora Raquel Tiveron, minha orientadora nesta jornada.

Por fim, mas sempre em primeiro lugar, agradeço à causa das causas, ao primeiro princípio, à medida de perfeição dos seres, ao Sumo Bem que é Deus, o amado amigo desta miserável alma que à Ele recorre. Também à sua Mãe Santíssima,

Mãe incomparável, e a minha pequenina amiga, Santa Teresinha do Menino Jesus, e sua grandiosa mestra, Santa Tereza d'Ávila.

Tarde te amei! Tarde te amei, ó beleza tão antiga e tão nova! Tarde demais eu te amei! Eis que estavas dentro, e eu te procurava do lado de fora. E fora me lançava, disforme, sobre as belas formas das tuas criaturas, que não existiriam se em ti não existissem. *Chamaste-me, e teu grito rompeu a minha surdez. Brilhaste, resplandeceste, e tua luz afugentou a minha cegueira. Exalaste o teu perfume, e, respirando-o, suspirei por ti. Te saboreei, e agora tenho fome e sede de ti. Tocaste-me, e agora estou ardendo no desejo de tua paz.*

Santo Agostinho de Hipona.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso teve como objetivo analisar as razões determinantes para a negativa de provimento da ADPF 442 no âmbito judicial, assim como firmar uma tese jurídico-filosófica para tornar inadmissível qualquer tentativa de legalização da prática abortiva no Brasil e no mundo, tendo como base a Filosofia Aristotélica e a tese de Santo Tomás de Aquino, ambas acerca da Ética e do Bem. Além disso, trouxe ao escopo da tese as diversas razões jurisprudenciais que levaram à legalização do aborto no resto do mundo, notadamente nos Estados Unidos da América e na Alemanha, em decisões como *Roe v. Wade* e *Abortion I e II*. No que tange à realidade normativa do mundo inteiro, é evidente a corrente de legalização do aborto no âmbito mundial, com exemplos sendo seguidos em diversos países do mundo. Tal é fruto de uma militância organizada e uma mudança sensível no padrão de moralidade da cultura ocidental durante todo o século XX, notadamente no que diz respeito ao aborto e à cultura sexual. Enquanto isso, o Brasil ainda é um dos poucos dos grandes países que criminaliza o aborto, e os partidos apoiadores da causa buscam a sua legalização por via indireta, na Suprema Corte. Todavia, ao aplicar a lógica básica e a filosofia aristotélico-tomista à ADPF 442 e às muitas razões ditas “incontestáveis” para a legalização do aborto no Brasil e no mundo, vê-se claramente que carregada de diversos argumentos sofismáticos e incoerentes, razão pela qual se conclui, no presente trabalho, que o aborto é a antítese daquilo que é essencialmente jurídico e real, e seria contraditório legaliza-lo.

Palavras-chave: Aborto. Legalização do Aborto. Brasil. ADPF 442. Dignidade da pessoa humana. Aristóteles e o Aborto. Sumo Bem e o Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A FILOSOFIA ARISTOTÉLICA, O BEM, A FELICIDADE, O DIREITO E AS NORMAS	11
1.1 A filosofia Aristotélica, o Sumo Bem e a felicidade do Homem	11
1.2 O Direito e a Norma	21
1.2.1 O Direito e a controvérsia do Direito Natural	22
1.2.2 A Norma e a Realidade	25
2 EXPOSIÇÃO FÁTICO-JURÍDICA SOBRE O ABORTO NO MUNDO	30
3 ANÁLISE JUSFILOSÓFICA DA ADPF 442	41
3.1 Da inadequada defesa da dignidade da pessoa humana em apoio ao Aborto, e do errôneo conceito de “pessoa constitucional” como suporte ao direito abortivo	42
3.2 Da <i>suposta</i> violação dos direitos constitucionais da mulher na criminalização do aborto, no que diz respeito à autonomia, à cidadania, à liberdade, à vida, à saúde, à igualdade, à proibição da tortura e tratamento degradante e ao planejamento familiar	48
3.3 A Filosofia Aristotélico-Tomista e o aborto legal como desumanização do Direito	52
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

A legalização da prática abortiva está na pauta político-ideológica mundial à pelo menos um século. Antes, ainda que especulada pelos teóricos e filósofos quanto à sua eticidade e moralidade, o aborto jamais se fazia presente em círculos de debates, e a moralidade daqueles tempos, mais comedida em questões sexuais, não privilegiava o controle reprodutivo como direito juridicamente tutelado.

O presente trabalho tem a pretensão de tratar do aborto de forma laica, filosófica e jurídica, sempre privilegiando a razão prática, a filosofia da realidade e o direito natural para propor uma refutação geral das razões que os defensores do aborto legal se utilizam para gerar sua legalização. Deste modo, aprofundaremos filosófica e juridicamente as razões que amparam o próprio direito, a finalidade da vida e da moralidade humanas e a origem valorativa da norma, provando, ao fim e ao cabo, o grande abismo que existe entre o positivismo forçado da legalização e a realidade provada do crime de aborto.

Vivemos em um período de grande polarização. Não se trata de uma polarização política entre direita e esquerda, mas de uma polaridade social que jamais foi vista na história humana. Desde a revolução sexual dos anos 1960, com o advento do relativismo moral e religioso e a desconstrução de realidades concretas pelas teorias de alguns filósofos modernos e pré-modernos, toda a civilização ocidental – e, porque não, todo o mundo – entrou em um período de polarização moral, política, social e religiosa. Tal processo é justo, evidente, e fruto da capacidade humana de ser livre para escolher o que fazer com sua própria vida. Todavia, até que ponto a polarização social e cultural do homem poderá ir contra a realidade concreta da natureza? Qual a distinção entre o interesse público e o interesse privado, mais especialmente em relação ao aborto?

Dito isto, passemos à descrição do referido trabalho e sua estruturação lógica. No primeiro capítulo, será abordado a filosofia aristotélico-tomista quanto à finalidade da vida humana, o bem e a felicidade enquanto parte de sua teoria de ética. Além disso, alguns aspectos metafísicos da realidade serão expostos, para sedimentar as raízes da tese que será desenvolvida.

Em seguida, como consequência da filosofia exposta no primeiro capítulo, será estudada a relação do Direito (enquanto fenômeno humano) e a realidade natural. Após, o fenômeno normativo será estudado enquanto coisa jurídica eminentemente humana e, portanto, ligada à natureza. Deste modo, se sedimentará as raízes da análise que estará por vir.

Ato contínuo, no terceiro capítulo será exposto um breve resumo da evolução fático-jurídica quanto ao aborto no mundo contemporâneo, e as principais teses – especialmente a de Ronald Dworkin, em *O Domínio da Vida* – que amparam a legalização da prática.

Então, chegaremos ao ponto culminante do trabalho, em que se analisará, ponto a ponto, a ADPF 442 e seus pressupostos filosófico-jurídicos, que serão aplicados em contraposição ao que foi exposto nos capítulos anteriores, demonstrando a improcedência e a patente irracionalidade dos argumentos utilizados na tese da Requerente (Partido Socialismo e Liberdade – PSOL).

Deste modo, o trabalho se sedimenta como uma tentativa – ainda em construção acadêmica – de prova filosófico-jurídica de que, em sendo o Direito um fenômeno que brota da natureza humana e, sendo seus componentes, como a norma, igualmente humanos, a legalização do aborto seria, ao fim e ao cabo, inumana e, portanto, antijurídica. Vejamos.

1 A FILOSOFIA ARISTOTÉLICA, O BEM, A FELICIDADE, O DIREITO E AS NORMAS

1.1 A filosofia Aristotélica, o Sumo Bem e a felicidade do Homem

A discussão quanto à finalidade das muitas realidades que nos cercam pode dar origem à séculos de reflexão filosófica. Desde os filósofos gregos aos mais modernos e midiáticos pensadores, a finalidade da existência humana - e de todas as suas ramificações - está para a filosofia como a norma está para o Direito. É curioso pensar que o movimento dos astros, das marés, das aves e o próprio movimento da história pudessem gerar tantos embates filosóficos. A pergunta, respondida por muitos dos sábios das gerações que antecederam a nossa, tomada para si pelas ciências teológicas e renegada pela Ciência Jurídica como "moralista" e "antiquada", ou mesmo "inútil", está eternamente presente nas almas humanas, como uma inquietação silenciosa que não tem fim.

Qual é, enfim, a finalidade da vida humana?

Pode-se objetar que tal pergunta é excessivamente abstrata, contrapondo-se que cada ser humano pode definir a finalidade de sua vida à seu bel prazer, já que não há um código moral que se aplique a todos os seres humanos e à todos os sistemas jurídicos. Deste modo, dotado de uma racionalidade própria, o ser humano não é determinado por nada além de sua própria vontade, razão pela qual a pergunta não teria resposta.

Ao contrário, temos que a pergunta não é nem abstrata e nem moralista. Explico. Aplicando o mesmo raciocínio, por analogia, à outros objetos, desta vez criados pelo próprio homem, temos que todos possuem uma finalidade que lhes é própria, **mas que existe para fora deles**. Uma cadeira, por exemplo, tem sua finalidade no sentar-se de um homem. Uma piscina, no nadar de alguém, ou na umidificação de um ambiente. Não existe *per si*. Ao contrário, existe para proporcionar algo, para realizar algo que está, de certa forma, **fora de si**. No exemplo da cadeira, vemos que ela mesma é utilizada para que alguém se sente, e nesta medida ela cumpre sua finalidade consigo mesma. Todavia, para que este mesmo fim se realize, **é necessário que algo exterior seja a realização de sua finalidade**. Afinal, sem

alguém para sentar-se, nadar ou usufruir da umidade proporcionada pelos exemplos mencionados, tais coisas perdem a própria razão para a qual foram criados pelo homem em primeiro lugar.

Deste modo, por meio da razão, podemos aplicar por analogia o mesmo raciocínio à muitas outras coisas, e **ver-se-á que todas possuem para si uma finalidade**, e estas finalidades encontram-se fora delas, **como que ainda por conquistar**. Como um trabalho inacabado, que não se completa pela simples existência.

Na verdade, é este o raciocínio que rege o princípio do estudo da finalidade da vida humana. Por analogia, percebe-se claramente que o homem possui para si um fim que lhe é próprio; **algo para o qual sua própria vida e existência apontam e devem seguir**. Portanto, a pergunta é válida, cheia de profundos significados filosóficos e ramificações teóricas, inclusive para o próprio Direito. O ser humano não é como um Deus que tudo pode à seu bel prazer, como se se auto determinasse pela simples vontade própria, sem qualquer vinculação à realidade ou à verdade de sua existência. O relativismo - até mesmo o moral - é, portanto, a filosófico, porque despoja a existência humana de qualquer vinculação com a opressora **realidade** das coisas.

Ainda, como se viu, não estamos a defender a existência de um Deus que é o fim da vida humana, por mais que, pelos raciocínios apresentados, seja esse o caminho mais lógico. A pretensão da tese é puramente humana e até mesmo jurídica, mas jamais teológica.

Mesmo assim, por primeiro, aguardemos o desenvolvimento do raciocínio filosófico que estamos trilhando para aplicá-lo à realidade pretendida, que é a do Direito.

Quanto ao que era tratado, cabe dizer que é exatamente este o questionamento inicial da Ética de Aristóteles. O Filósofo, grandioso por si só, passa a tratar do fim das coisas e tende a demonstrar seu pensamento por muitas analogias com a realidade.

Tomando por objeto as atividades humanas, mais adequadas à ter uma finalidade própria, podemos facilmente concluir que todas elas possuem um fim. Nos termos do próprio mestre, temos que:

Admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem.¹

Ora, como são muitas as ações, artes e ciências, muitos são também os seus fins: o fim da arte médica é a saúde, o da construção naval é um navio, o da estratégia é a vitória e o da economia é a produção de riqueza. Mas quando tais artes se subordinam a uma única faculdade — assim como a selaria e as outras artes que se ocupam com os cavalos se incluem na arte da equitação, e esta, juntamente com todas as ações militares, na estratégia, há outras artes que também se incluem em terceiras —, em todas elas os fins das atividades principais devem ser preferidos a todos os fins subordinados (como a equitação para as artes militares), porque estes últimos são procurados por causa dos primeiros. Não faz diferença que os fins das ações sejam as próprias atividades ou algo distinto destas, como ocorre com as ciências que acabamos de mencionar.

Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejar), evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem.²

Em se tratando destas atitudes propriamente humanas, pode-se inferir, como conclui o próprio Filósofo, que as ações humanas sempre tem por finalidade um bem. Como ele mesmo declara, a atividade "estratégia" tem por fim a vitória (um bem), e a "economia" tem por fim a riqueza (outro bem). Todas estas atividades humanas possuem ainda centenas de outras atividades que lhes são próprias e subordinadas. Vê-se que, para a atividade econômica, é necessário uma série de outras atividades - planejamento, exercício da matemática financeira e etc. - para que o fim riqueza seja atingido.

¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

² Idem.

É evidente que muitas destas concepções filosóficas podem ser confundidas com mero senso comum. A filosofia aristotélica é mestra por tal razão: busca explicar filosoficamente o que é evidente pela própria realidade. Qualquer um que faça dele leitura tem para si que as acepções e raciocínios do filósofo são extremamente lógicas, ligados à própria estrutura da realidade. Continuemos.

É evidente também, ainda, pelo que foi acima transcrito, que alguns bens são maiores do que outros. Deste modo, estando os bens buscados distribuídos de forma subordinada, há algumas espécies de bem que se busca tendo em vista um outro, maior e mais completo. Deste modo, buscamos, por exemplo, riqueza (um bem) para termos tranquilidade financeira (outro bem).

Ainda, percebe-se que alguns bens nós aparentemente desejamos por eles mesmos, sem qualquer subordinação à outro. Se todos os bens desejados fossem subordinados à outros maiores do que estes, tal procedimento seria infinito, sem fim algum, e nunca atingiríamos qualquer desejo, sendo inútil o próprio ato de desejar. É necessário que exista um Bem que seja principal, para onde todos os demais bens apontam. Em outras palavras, um Sumo Bem.

Aos religiosos, tais afirmações aristotélicas (profundamente ligadas à sua Metafísica) levam às bases para a prova filosófica da existência de Deus, como provado por São Tomás de Aquino em suas cinco vias. Para estes, o Sumo Bem seria Deus, que confere Bondade à tudo que é bom, por ser ele mesmo a própria Bondade em grau absoluto. E isto se daria com todas as outras perfeições dos seres. Deste modo, Deus não é somente "perfeito", mas é tudo aquilo que é Perfeito. Contém toda a Perfeição, que existe Nele mesmo, e tudo que é Perfeito só o é porque Deus É.

Cumpre esclarecer que, ainda que os princípios teológicos sejam também filosóficos, as pretensões da presente reflexão, como dito, estão para abaixo da Teologia. Todavia, se todas as atividades humanas buscam o Bem, e há necessariamente um Bem buscado por si mesmo, que subordina todos os outros bens, chegamos ao princípio norteador de nossa reflexão filosófica: existe, deste modo, **um bem essencialmente humano.**

Os seres humanos, então, quando realizam atividades quaisquer ou tem uma vida político-jurídica comum, apontam para um bem humano essencial; algo que humanamente buscam, para onde sua própria vida aponta e tem sentido. Há algo que não possuem de forma inata – **que está fora de si** –, mas buscam em suas atividades humanas. Há algo que os atrai e para onde todas as suas atividades apontam, assim como o cuidar de cavalos pode apontar para um outro bem maior, qual seja, a riqueza agropecuária.

Deste modo, concluímos facilmente que o homem busca o Bem. Agora, resta saber qual é este bem humano para o qual todas as nossas atividades apontam, e quais as características próprias deste mesmo bem.

Para elucidar nosso caminho - que já foi traçado anteriormente, diga-se -, ninguém melhor do que o próprio Filósofo, que pontua:

Voltemos, porém, ao ponto em que havia começado esta digressão. A julgar pela vida que os homens levam em geral, a maioria deles, e os homens de tipo mais vulgar, parecem (não sem um certo fundamento) identificar o bem ou a felicidade com o prazer, e por isso amam a vida dos gozos. Pode-se dizer, com efeito, que existem três tipos principais de vida: a que acabamos de mencionar, a vida política e a contemplativa. A grande maioria dos homens se mostram em tudo iguais a escravos, preferindo uma vida bestial, mas encontram certa justificação para pensar assim no fato de muitas pessoas altamente colocadas partilharem os gostos de Sardanapalo.

A consideração dos tipos principais de vida mostra que as pessoas de grande refinamento e índole ativa identificam a felicidade com a honra; pois a honra é, em suma, a finalidade da vida política. No entanto, afigura-se demasiado superficial para ser aquela que buscamos, visto que depende mais de quem a confere que de quem a recebe, enquanto o bem nos parece ser algo próprio de um homem e que dificilmente lhe poderia ser arrebatado.³

Percebe-se claramente que o filósofo começa a traçar um caminho à sua ética. Partindo da conclusão de que todo ser humano busca um bem, resta-nos perguntar que bem seria esse, ainda mais diante da infinidade de pareceres e opiniões acerca da **bondade subjetiva de certos fins**.

Para Aristóteles, a finalidade das ações humanas é, portanto, a felicidade. Tal é o Bem que norteia nossos atos de vontade e que buscamos. Tal é a "obra por

³ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

realizar" nesta terra. Tal é o caminho a ser traçado e a ética a ser seguida. Tal é o bem árduo que os seres humanos buscam e sempre buscaram desde o início dos tempos.

Todavia, há ainda uma distinção bastante importante a ser feita, para que não caiamos em grave erro. No caso, as noções modernas de o que significaria a "felicidade" precisam ser analisadas e contrapostas com a realidade, tendo em vista que não se adequam ao pensamento aristotélico do amplo conceito de felicidade, como se verá mais adiante. Ainda, veremos que as noções modernas de felicidade podem ser definidas como disformes e fluidas, mais baseadas no prazer e no conforto **do que na realização do que o homem é ou deveria vir a ser.**

Deste modo, passemos à reflexão do que significa a felicidade enquanto bem buscado.

Para tanto, precisamos delimitar, como fez Aristóteles, as várias espécies de vida natural. Isto porque, se a vida humana tem como fim a felicidade, esta felicidade precisaria ser propriamente humana, jamais animal, ou mesmo vegetal. Se são as atividades exercidas que buscam um bem, e o Sumo Bem é buscado por excelência naquelas menores atividades e fins do dia-a-dia, há de ter um sumo bem adequado à vida própria e especificamente humana. Não poderia nos encher de completude uma felicidade puramente animal ou, em outros termos, sensitiva. Deve haver uma necessária diferenciação entre as formas de vida e aquilo que é sumo bem para cada uma destas formas.

Deste modo, o milenar mestre filosófico traça algumas formas de vida, que parecem ser comuns à muitos seres. A natureza o demonstra, e a experiência científica atesta. Assim, como declara Aristóteles:

A vida parece ser comum até às próprias plantas, mas agora estamos procurando o que é peculiar ao homem. Excluamos, portanto, a vida de nutrição e crescimento. A seguir há uma vida de percepção, mas essa também parece ser comum ao cavalo, ao boi e a todos os animais. Resta, pois, a vida ativa do elemento que tem um princípio racional; desta, uma parte tem tal princípio no sentido de ser-lhe

obediente, e a outra no sentido de possuí-lo e de exercer o pensamento.⁴

Assim, temos que a vida "de nutrição e crescimento" está nos organismos vegetais, e mesmo nos muitos microrganismos que nos envolvem. Ademais, há a vida sensitiva e instintiva dos animais, definidos a pouco tempo pela legislação pátria como "seres semoventes", capazes de sentir. Tal vida é comum a todos os animais enquanto tais, mas ainda não os faz dignos de mesmo tratamento que um ser humano. O que nos diferencia, portanto, destes? Algumas gramas de massa encefálica para além do que possuem os animais?

Pois, a conclusão que se chega é que há, em nós, uma vida ativa que tem princípio racional. Em outras palavras, nossa forma própria de vida – porque carregamos as outras duas, é evidente – é a vida inteligente e ativa, também denominadas de "inteligência" e "vontade". Como faculdades de uma "alma" ou obscuridades ainda desconhecidas do cérebro humano, pouco importa. O que se vê, todavia, é que há uma disparidade entre nós e aqueles demais seres que nos circundam. Somos capazes de escolher, de interagir, de conhecer a verdade, de filosofar e – porque não? – de amar.

Assim, vemos que a felicidade humana reside naquilo que está para além da felicidade própria dos animais ou das plantas. Vemos que uma planta encontra-se perfeitamente satisfeita em suas aspirações quando se encontra bem nutrida e bem iluminada, sedimentada em solo fértil e nutritivo. Do mesmo modo que não chamamos feliz – ao menos não humanamente - um boi que pasta, não chamamos jamais à um arbusto de feliz.

É natural, portanto, que não chamemos feliz nem ao boi, nem ao cavalo, nem a qualquer outro animal, visto que nenhum deles pode participar de tal atividade.⁵

Ocorre que, no último século, o advento do relativismo moral e das filosofias pós-modernas individualistas, que veem a felicidade na autodeterminação e na liberação das próprias vontades, ainda que imorais, porém prazerosas, faz com que

⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973.

qualquer entendimento de felicidade que esteja fora do binômio "conforto/bons sentimentos" fique incompreensível. Deste modo, todas as noções modernas de felicidade apontam para a prática de um certo conforto financeiro e social, que permita atividades prazerosas e despreocupadas. Sobre os mantras de "família", "carreira" e "paz", o homem moderno busca nas próprias sensações que todas essas realidades proporcionam sua própria felicidade.

Assim, em um longo processo filosófico, depois acadêmico, e, então, prático-social, transformou-se o homem de uma "obra por fazer" a um "buscador de condições de ter prazer e tranquilidade de vida". Trabalha-se, portanto, para obter os meios de ter prazer. A felicidade, então, é confundida com a vida prazerosa, por mais nobre que isso pareça.

Aí está a profunda dificuldade do homem moderno de conhecer a felicidade como proposta por Aristóteles, que reside na vida virtuosa. Feliz, portanto, para Aristóteles, é quem, por meio da vontade, exerce o hábito da virtude, e cumpre a vida humana de forma virtuosa. É, ainda, como que um ato da inteligência – que quer a virtude, e conhece os meios para praticá-la – e da vontade, que a persegue, por meio dos atos humanos da vida comum.

Vemos, portanto, que a Virtude é o belo fim das atividades puramente humanas, e que o homem virtuoso é o homem feliz. Ainda que não possua todas as virtudes, aquele que possui virtudes é, ao menos em parte, feliz.

Para Santo Tomás de Aquino, que desenvolveu grande parte de sua genialidade filosófica tendo por base o pensamento aristotélico, declara, na Suma contra os Gentios:

1. Depreende-se do exposto que o sumo bem do homem não está nos bens da parte sensitiva, pois esses bens são também comuns ao homem e aos animais.
2. Além disso, o intelecto é melhor do que os sentidos. Por isso, o bem do intelecto é melhor que o bem dos sentidos. Logo, o sumo bem do homem não consiste nos sentidos.
3. Além disso, os máximos deleites sensíveis estão nos prazeres trazidos pelos alimentos e pelo sexo, e neles deveria estar o sumo bem, se estivesse na parte sensitiva. Mas nessas coisas não está o sumo bem. Logo, o sumo bem do homem não está na parte sensitiva.
4. Além disso, os sentidos são amados devido à sua utilidade e por causa do conhecimento que trazem. Ora, toda utilidade dos sentidos

destina-se aos bens corpóreos. Com efeito, o conhecimento próprio dos sentidos destina-se ao conhecimento intelectual. Por isso, os animais, que não têm intelecto, só se deleitam sensivelmente devido à utilidade corpórea, enquanto pelo conhecimento sensitivo buscam os alimentos e os prazeres sensíveis. Logo, o sumo bem do homem, que é a felicidade, não está na parte sensitiva.⁶

Resta dizer ainda que os mestres Aristóteles e Santo Tomás de Aquino não diminuem a parte sensitiva - os sentidos e prazeres - como algo puramente animal e inútil ao homem. São coisas em si boas, excelentes em sua capacidade de o serem. Declarar, com razão, que o ser humano não encontra sua felicidade nestas coisas não significa que devemos abster-nos delas para sermos felizes, e vivermos eternamente penitentes e mortificados nos prazeres, como uma espécie de monges zen.

Ao contrário, as paixões fazem parte da natureza humana, e são bens à serem vividos pelo homem. Todavia, rebaixar a felicidade ao exercício habitual de atos sensitivos do conforto e do prazer é como utilizar-se de uma geladeira para trancar uma porta: há total plausibilidade, já que a geladeira é grande e pesada, e pode servir para tal fim. Ocorre que há uma infinidade de bens e finalidades que estão sendo ignorados ao utilizar-se da coisa com tal propósito, e sua finalidade suma, sua função principal, está sendo largamente ignorada e inutilizada. Em síntese, seria melhor trancar uma passagem com uma porta, que estaria sendo utilizada para seu fim correto. Do mesmo modo, utilizar-se de uma geladeira para gelar alimentos estaria perfeitamente de acordo com seu fim. E tudo estaria no seu devido lugar.

Ademais, cumpre expor, ainda que em forma de síntese, as considerações metafísicas de Aristóteles acerca do “ato” e da “potência” das coisas que existem. Tal compreensão – mesmo básica – é fundamental para a exposição da tese que virá a seguir, em seus aspectos práticos e completos

Ora, utilizemos o exemplo de uma parede branca. Enquanto tal, existente e perfeitamente estável, temos que tal objeto analisado está em ato. O “agente” o é enquanto tal quando está em ato. Logo, para a filosofia aristotélica, uma parede é branca enquanto está em ato.

⁶ AQUINO, Tomas de. Santo. **Suma contra os Gentios**: vol. II: livros III e IV. Tradução de D. Odílio Moura O. S. B. Revisão de Luis A. De Boni. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

Todavia, tal parede branca tem certas potências. Em outras palavras, ela poderia tornar-se vermelha, ou verde, ou azul. Cabe ressaltar que, enquanto a parede branca possui apenas potência de tornar-se vermelha, nada acontece. É necessário que uma tinta vermelha (que o é em **ato**), possa transformar a potência da parede para transformar-se em vermelha em ato.

Tal analogia, ainda que simplória, pode-se aplicar a todas as coisas e entes criados. Enquanto **existe**, com seus **acidentes** (a cor da parede, por exemplo, e seu material, são acidentes do “ser” parede. Parede é a essência, o ser do objeto. Acidente contribui para a forma, mas sem alterar ou diminuir o “ser” do referido objeto), a coisa está em **ato e possui potência de transformar-se. Para que a potência transforme-se em ato, outro objeto em ato deve agir sobre a potência do objeto anterior.**

Potência: A potência não é um princípio agente. O que está em potência reduz-se ao acto, por algo que já está em acto. Potência e acto são as primeiras diferenças do ser. O que está em potência é algo que também está em acto, não sob o mesmo aspecto. O que está em potência, naturalmente se move por outro que está em acto. A potência é activa ou passiva, a potência activa o é segundo a forma.⁷

E quais seriam, portanto, as profundas consequências da aplicação destas correntes filosóficas ao Direito?

Ora, enquanto criação humana – e não podemos negar que o Direito, enquanto tal, seja uma criação humana –, o Direito deve necessariamente carregar em si algo de propriamente humano. Não só pela sua própria criação, mas pela natureza específica do Direito.

Sendo um instituto – ou uma ciência – que estuda os regulamentos, atos, comportamentos e a própria moralidade dos atos humanos, o Direito está intimamente ligado à todas as pessoas, das comuns às excêntricas, dos religiosos aos ateus. É, ainda que falho, um “algo” que está inter-relacionado com a experiência humana de vida cotidiana. E se o fim último das atividades humanas pessoais e coletivas nesta terra é o bem humano da felicidade e de uma boa vida, o Direito deve, portanto,

⁷ FERREIRA DOS SANTOS, Mário. **Aristóteles e as mutações**. São Paulo. LOGOS. 1955, p. 26.

permitir, regular, incentivar e provocar, no limite de suas ramificações, este **bem** essencialmente humano.

Com isso, a realidade de que a norma jurídica tem o sentido de se tornar instrumento de realização de determinado valor, isto é, a justiça, como no caso em estudo, pela modalidade comutativa, onde o devido é rigoroso, por dizer respeito a um direito próprio da pessoa, como por exemplo, a vida, a integridade física, a dignidade.⁸

Pois bem. Para além da realidade teórica, portanto, aonde se aplica a filosofia exposta – e outros aspectos filosóficos, que jamais se separam do estudo do Direito - na prática jurídica e nas normas emitidas pelos órgãos competentes? Ainda, qual a inter-relação da filosofia aristotélico-tomista e da exegese constitucional com a prática do aborto? Seria esta prática adequada ao Direito e possível de ser permitida e regulamentada pela norma, levando em consideração o que expomos quanto à natureza humana? Não seria o aborto um instituto ajurídico, repreensível pela lei penal, inumano e antinatural?

1.2 O Direito e a Norma

Ainda que não exhaustivamente provadas todas as alegações filosóficas introduzidas no tomo anterior, é prudente que passemos à analisar a discussão de ponto de vista diverso.

Este presente trabalho tem como base dois pressupostos de carácter jurídico e filosófico: **o Direito como instituto completamente humano, devendo** trazer consigo todos os traços do **sentido natural** da vida humana, como se prova pela Ética e a Metafísica de Aristóteles e São Tomás de Aquino, e a **norma como parte integrante deste mesmo instituto completamente humano**, devendo, **enquanto tal**, buscar solidificar, em normas de maior ou menor importância, de maior ou menor conteúdo coercitivo, a busca natural da vida humana pelo exercício da liberdade – esta que é **capacidade humana, não direito** – de forma responsável, atrelada ao Bem, à felicidade e à natureza próprias deste instituto. Desta feita, a norma - ou a ausência de normas - jamais pode obstar tal princípio da natureza humana,

⁸ SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuricidade**: uma teoria que transforma e redefine o Código Penal, nos crimes contra a Pessoa, subclasse dos Crimes contra a Vida. São Paulo. LEJUS. 1997, p. 58.

transmitido de forma intrínseca aos institutos criados pelos homens, grupo de coisas em que se inclui o Direito e a norma.

Logo, por consequência lógica, partindo dos pressupostos acima elencados, a legalização (ou descriminalização) da prática abortiva é profundamente contrária à natureza da norma e do Direito, assim como é contrária à própria natureza humana. Isto é o que se buscará provar nos tomos seguintes.

1.2.1 O Direito e a controvérsia do Direito Natural

Ainda que se possa elencar uma série de indisposições dos juristas modernos com o Direito Natural, não se pode negar a sua parcela de participação na formação das normas jurídicas e na integração de decisões judiciais modernas.

Leo J. Elders declara:

Muitos autores afirmam que a lei natural não existe, uma vez que o fundamento sobre o qual ela foi construída foi desmanchado: não há determinação natural que possa nos impor suas regras: decidimos livremente sobre nosso agir. Normas, eles supõem, dependem do entorno cultural. O relativismo moral é a melhor abordagem para a vida moral. Um antropologista pode apontar diferentes formas de comportamento em diferentes culturas, algumas das quais podem ser abomináveis para outras. John Locke, dizem, foi um precursor deste ponto de vista. Em seu Ensaio acerca do Entendimento Humano, Locke observa que é muito raro encontrar um princípio moral que não tenha sido desprezado ou condenado pela opinião dominante de alguma sociedade.

Deste modo, a lei natural foi arrancada da reflexão humana acerca do Direito. Enquanto, durante longo período de tempo, aquilo que essencialmente pertencia à razão natural e ao enfrentamento filosófico tornou-se mera perda de tempo, dando espaço à uma análise procedimental do Direito moderno e do Estado, trocando o absolutismo da realidade concreta pela abstração sofismática. Continua Leo J. Elders:

Abandonar a natureza como critério dos nossos atos chegou a ponto de fazer com que em filosofia política alguns autores usassem a expressão “democracia procedimental” para sugerir que um governo deveria sistematicamente preferir a não-religião à religião, a livre união ao casamento, o aborto à proteção do nascituro etc. Outras áreas que abandonaram as normas da natureza ou foram deixadas aos bolsos de grupos privados são as dos pacientes terminais e embriões humanos. Cientistas, buscando grandes conquistas financeiras,

querem dispor de total liberdade para explorar o potencial de obter materiais para medicamentos capazes de curar certas doenças.

Enquanto evolução contínua, o Direito passou da abstração metafísica à mera decisão positiva. Todavia, reside ainda no arcabouço filosófica uma assertiva: ainda que parta de reflexões dialéticas, ideológicas ou não, de juristas e congressistas, que unem-se em assembleia para formular normas e princípios regentes do ordenamento jurídico, faz parte da constituição própria do Direito a sua ligação própria com a natureza humana.

Ora, é evidente: um Direito que não passe por essa própria característica – a que o direito natural tão louvavelmente tomou para si – seria propriamente ajurídico e beiraria a inexistência. Se o Direito, enquanto tal, emana de seres humanos inteligentes, que aplicam **sua inteligência** – característica propriamente humana - para solucionar os conflitos da existência humana por meio de normas prévia ou posteriormente emitidas, o Direito deve ser, e é, **naturalmente** humano.

Por essa própria lógica, temos que, em sendo o Direito ligado às **ações humanas**, deve eminentemente buscar regular e normatizar aquilo à que as ações humanas **devem** idealmente buscar. Isso inclui, é evidente, proibir comportamentos e atitudes reprováveis, que atentam contra a **natureza humana** e, conseqüentemente, contra a essência do Direito.

No dizer de Leo J. Elders:

Muitos autores de escolas positivistas e analíticas argumentavam que é impossível passar do “é” para o “deve ser”. Mesmo um autor bastante conhecido e amplamente aclamado como Germain Grisez subscreve essa afirmação. Ora, se quer-se dizer que a ordenação moral difere do reino da natureza física, ela até está correta. Mas, se se pretende negar que os preceitos centrais da vida moral são baseados na sua conformidade com as demandas da natureza, então está errada.

É evidente que, para o Direito natural enquanto tal, a natureza biológica do homem tem sua grandiosa importância, mas não é central. Trata-se, ao contrário, das exigências e demandas da consciência humana natural de certo e errado, amparadas pela razão e pela reflexão acerca da Verdade. Quando partimos de um pressuposto de que a verdade objetiva inexistente, perde-se a capacidade de fazer qualquer reflexão

acerca do certo e do errado, inclusive com relação à elaboração de normas. O certo e o errado, portanto, nascem a partir da vontade, e não da razão. Ainda que profundamente imoral e irracional, uma cultura que pratica o infanticídio deve ser mantida intocada, e outra que pratica o canibalismo deve ser igualmente pura. Deste modo, ainda que tais comportamentos sejam contrários ao que há de bom e justo, a **cultura** e o **ambiente social** de determinada comunidade é que determinam o certo e o errado, e não a razão humana, amparada na lógica e na reflexão acerca do Bem.

Quando todas as realidades se tornam subjetivas e abstratas, o próprio homem encontra em si mesmo uma concepção adequada de bem, ainda que tal concepção seja má e sustentada por pressupostos incorretos. Enquanto a humanidade perdeu o impulso de buscar, pela reflexão filosófica, os parâmetros da verdade objetiva para compreender a realidade, a moralidade humana perdeu seus amparos e tornou-se, para o Direito, inexistente, ao menos no que é inconveniente. Logo, o Direito tornou-se, como foi mencionado, procedimental e utilitário, e não justo de forma inequívoca.

Destes conceitos teóricos e filosóficos de lei natural nascem uma centena de princípios e normas do nosso ordenamento jurídico. O Código de Defesa do Consumidor parte da virtude humana – natural – da justiça e da solidariedade, evidenciando a necessidade de proteger o lado vulnerável de uma relação cível. O Estatuto da Criança e do Adolescente é, antes de tudo, uma proteção à vulnerabilidade dos anos primários de formação de uma pessoa, e rege tanto as ações estatais como os princípios, direitos, normas e proibições que devem reger os anos primeiros.

Pode-se encontrar pressupostos naturais em todo o Direito. Não se trata apenas de um instituto arbitrário criado para controlar um grupo de pessoas. Trata-se, então, de uma aspiração natural da natureza humana de colocar **ordem** no **caos**, de **ordenar** um grupo de pessoas que, unidas, servem-se mutuamente umas às outras.

Não se diz isto de modo romântico-piedoso, mas de modo eminentemente prático. O Direito regula, ainda, relações de troca: um comerciante, que produz um determinado bem, serve o cidadão comum vendendo tais bens em sua loja. O Cidadão, que trabalha para poder consumir tais bens, serve o comerciante com seu

dinheiro, produzido enquanto servia um outro cidadão, seu empregador. O empregador, por outro lado, serve outros cidadãos com os serviços de sua empresa, e assim sucessivamente.

Todas essas **atividades** humanas buscam um bem para quem as realiza, ou em prol de alguém pelas quais tal pessoa as realiza. Logo, se o Direito regula as atividades essencialmente humanas – ou que brotam e estão inter-relacionadas com a existência humana –, não há maior fonte para o direito que o bem e a natureza **humana**.

Isso não significa, é evidente, que a positivação do Direito deva ser excluída. Em uma sociedade complexa, com demandas, conflitos e necessidades exigentes, o Direito Positivo é uma necessidade tão básica quanto a eletricidade. Ainda que se possa colocar limites à positivação das normas, o que importa é que, por trás destas, sempre haverá resquícios da natureza do Direito, da própria estrutura humana e de seus postulados naturais. Ousamos dizer também que, separado desta realidade, o Direito perde sua essência, seu ponto de sustentação e, por consequência, sua juridicidade e validade subjetivas.

1.2.2 A Norma e a Realidade

De certo modo, a presente tese trata, ao menos indiretamente, do problema com o positivismo jurídico e suas consequências filosóficas e sociais. O grande mestre Miguel Reale, declara, em sua obra, que:

A falha do positivismo começa quando pensa atingir a síntese científica aceitando os resultados das ciências como ponto de partida. Além da necessidade já assentada de um critério de valor para ordenar as explicações parciais do real, acresce que os resultados mesmos são suscetíveis de dúvida, pondo o problema de sua validade intrínseca. Todos os resultados que a Ciência nos oferece serão sempre válidos? Quantas e quantas vezes a Ciência não nos apresenta conclusões provisórias, precárias e, até mesmo, precipitadas.⁹

Deste modo, fica clara que a problemática do positivismo está em seu **critério de valoração para com as normas que dele emanam**. Deste modo, as normas não

⁹ REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

estão adstritas ou vinculadas à nenhuma realidade que não seja a vontade humana do legislador, a ciência empírica e a vontade dos tempos.

Isto ocorre porque, para o positivista, **a verdade ou a moral é um mero construído** linguístico, uma espécie de fórmula criada pelo homem para explicar uma coisa, e é eternamente mutável, porque com a mudança da linguagem e da socialidade, a verdade também muda. Logo, a verdade quanto à realidade não estaria ligada à essência desta realidade mesma, mas à sua mera formulação linguística.

Para clarificar a problemática, uma pequena anedota pode nos ajudar a compreender a questão. Poderíamos imaginar que, em um país fictício, a Constituição Federal dissesse que é lícito o roubo em caso de extrema riqueza do sujeito assaltado.

Tal normativa poderia se dar tanto de modo explícito, como um preceito constitucional que permita o roubo em determinada circunstância, como de modo implícito, pelos princípios constitucionais analisados em sua totalidade.

Existe uma lógica na norma: o excesso de bens materiais do sujeito autorizaria o menos favorecido à usurpá-lo de sua propriedade. De certo modo, a falta do bem roubado não faria mal ao sujeito abastado, e faria excessivo bem ao sujeito empobrecido. Logo, um certo **bem** social estaria garantido.

Poderíamos argumentar e desenvolver este imaginário preceito constitucional de diversas formas jurídicas. Poder-se-ia louvá-lo em alto e bom som por garantir uma “propriedade constitucional mínima”, um conceito jurisprudencial criado pela Suprema Corte de nosso país imaginário para a interpretação do **direito à propriedade**, o que garantiu ao ladrão o **direito** de roubar do cidadão abastado.

Poderíamos, ainda, determinar um “mínimo razoável”, também em Tribunal, para ser aplicado em casos análogos nas cortes menores de nossa nação fictícia. Seria ainda possível criar uma lei regulamentadora do “**roubo digno**”, que criasse centros de unificação da renda excessiva para que os sujeitos abastados evitassem a usurpação espontânea de sua propriedade excessiva.

Poderíamos, ainda, criar uma série de preceitos e análises constitucionais quanto à dignidade da pessoa humana frente ao conceito da “propriedade

constitucional mínima”, que receberia uma série de louvores por anos à fio no Judiciário e na Academia de nossa nação imaginária.

Pois bem. Finalizado o exemplo, temos claro que, no caso exposto, o **direito constitucional positivo criou um preceito jurídico a partir do nada**, e as instituições da nação espremeram este conceito jurídico como uma laranja, tirando dele uma série de inovações jurídico-normativas, o que é evidente e corriqueiro em nossas democracias constitucionais.

Todavia, é necessário que se olhe para a questão por um ângulo diverso. Como se viu, o problema do positivismo jurídico está em seu **critério de valoração** ética da norma.

É claramente evidente que, no que diz respeito à ordem constitucional, os postulados constitucionais nunca surgem, de forma pura, da mente do legislador. Passam, ao contrário, por um crivo jurídico-moral conjunto e até mesmo contínuo, **porque, na sua própria origem, a constituição de uma nação é o dever-ser** daquela sociedade organizada.

Deste modo, em sendo uma espécie de “dever-ser”, a constituição da república está necessariamente ligada ao Ser. E, em última instância, sendo o “Ser” a natureza própria da realidade – ou, ao menos, aquilo (ou Aquele) que sustenta esta realidade –, a Constituição de uma nação jamais poderia agir de forma contrária à realidade **natural** da ordem.

Não se trata, no caso, de uma **natureza primitiva** do homem, como que analisado sob um aspecto primitivo e pré-social, recém saído de um processo evolutivo que deu origem à espécie humana. Se trata, ao contrário, da própria realidade exposta na natureza humana e na realidade das coisas.

Quanto à capacidade humana de **possuir certas coisas**, esta está intimamente ligada ao conceito de justiça. Ora, se a justiça é “dar a cada um o que é seu por direito”, temos que a propriedade é, antes de ser um **direito constitucional criado pelo homem**, uma capacidade humana natural. Aquilo que produzimos é nosso, ainda que comunitário. A propriedade e a justiça tal como são estão no cerne da existência humana social. Ainda que os bens sejam dispostos à toda a

comunidade, eles pertencem àquela comunidade específica, e nenhuma outra tem o **direito** de usurpá-la desta pertença. Deste modo, vemos que a noção de justiça ligada à propriedade está como que enxertada na realidade social humana, seja na pessoa uma ou na comunidade.

Logo, o problema do exemplo dado quanto àquela nação fictícia está no fato de que o direito à propriedade não advém de uma simples votação de homens eleitos ou de um desejo social de proteção financeira, mas advém da natureza própria da realidade.

Deste modo, o direito, para ser válido, jamais poderia contrariar a natureza própria da realidade, **ainda que** as realidades jurídicas pudessem ser propriamente regulamentadas e organizadas. Não se trata de um “retorno ao mínimo jurídico”, mas de uma coerência da norma para com a realidade.

Deste modo, o Direito não tem a capacidade de criar ou modificar o tecido próprio da existência humana. Nenhuma caneta ou corte humana poderia fazê-lo, sob o perigo de tornar-se, ao contrário, profundamente desumana, arbitrária e injusta.

Quanto ao que está alegado, leciona Miguel Reale:

Toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Satammler, deve ser, sempre, “uma tentativa de Direito justo”, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*. Impossível é conceber uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.¹⁰

E continua o mestre:

Em resumo, são três os aspectos essenciais da validade do Direito, três os requisitos para que uma regra jurídica seja legitimamente obrigatória: o fundamento, a vigência, e a eficácia, que correspondem, respectivamente, à validade ética, à validade formal ou técnico-jurídica e à validade social.¹¹

Fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional

¹⁰ Reale, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹¹ Idem.

do Direito, pois a vigência se refere à norma; a eficácia se reporta ao fato, e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor.¹²

Quanto à justiça e seu conceito, sua origem e suas fórmulas, e, principalmente, quanto à sua relação com o Direito positivo, Miguel Reale opta por uma posição moderada de ver o Direito. Quando declara que “*a ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana*”, o grande jurista liga à própria essência da humanidade enquanto tal ao que é ético e jurídico, ligando o Direito Natural ao direito Positivo naquilo que é mais lógico, racional e, enfim, justo.

Eis, por conseguinte, como e porque a justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialeticidade o homem e a ordem justa que ele instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores através do tempo.¹³

Deste modo, a justiça figura-se como a **virtude da ordem justa e com finalidade social, qual seja, embora seja uma virtude eminentemente pessoal, seu objetivo direto é a correta relação de cada pessoa com o seu, em suma, a objetividade da ordem justa**. Isso se torna eminentemente claro na Ética Aristotélica, quando percebemos que as atividades humanas, quais sejam, o Direito e a norma, apontam ao bem que lhes faz jus, ou seja, a Justiça e a ordem, com finalidade **social**.

É evidente, portanto, que o Direito não é um compêndio de regras interiores acerca das virtudes humanas da vida interior, mas nasce em virtude da necessidade humana de uma **ordem social, eminentemente justa**. Quanto ao mais, desenvolveremos o tópico referente à virtude da Justiça na vida social e no Direito quando detalharmos a evidente contradição entre esta virtude natural e o suposto “direito” ao aborto. Prossigamos.

¹² Reale, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹³ Idem.

2 EXPOSIÇÃO FÁTICO-JURÍDICA SOBRE O ABORTO NO MUNDO

Enquanto objeto de estudo do presente trabalho, faz-se necessária, para a própria técnica acadêmica, delimitar o objeto de estudo quanto à seu conceito, à sua positivação legal, quando houver, e à própria problemática jurisprudencial. É necessário delimitar o que está sendo estudado, e aonde estão os pressupostos, conceitos e conflitos analisados.

Portanto, ainda mais do que no primeiro capítulo, descenderemos um pouco mais para o mundo das leis positivas e, no tempo oportuno, ainda mais um pouco para o mundo dos fatos, da realidade vivida. Terminada esta fase, poderemos dizer que tudo será coroado: o Direito, a realidade e a filosofia serão unidos para expor o desenvolvimento da provocação explorada no título.

O Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) inclui o **crime** de abortamento voluntário no tomo de Crimes contra a Vida, logo abaixo do crime de infanticídio. Os termos usados, como para qualquer tipificação penal, são simples.

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O artigo 124 é claro: é um crime contra a vida **provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque**. Há alguns detalhes de relevo necessário. Os crimes de aborto estão incluídos no capítulo referente aos crimes dolosos contra a vida, o que demonstra o entendimento do legislador quanto à vida humana intrauterina. Ainda, são tipificados tanto o consentimento da gestante (ou a auto provocação de aborto) quanto o ato do aborteiro, o que evidencia ainda mais o caráter grave do ato para o legislador.

Com efeito, merece destaque o fato de que o presente trabalho acadêmico se debruça sobre o abortamento provocado, excluindo do presente estudo toda hipótese

de aborto espontâneo. Para o mundo moral e ético, há necessidade do elemento **vontade** para que haja qualquer julgamento ético-moral do ato analisado.

Ainda, cabe expor que trataremos o "aborto provocado" como uma única coisa, independentemente das motivações que levem alguém à provocá-lo. Para a análise filosófico-jurídica que aqui se será exposta, não há qualquer diferença entre um abortamento de feto anencéfalo ou mal formado, de um procedimento decorrente de estupro, ou de mera vontade da gestante. Todos estes, ainda que divirjam em suas motivações e contextos, são iguais em espécie: **são abortamento de gestação provocado voluntariamente.**

Consequentemente, podemos dizer que o objeto do presente estudo é a análise jurídica, moral e ética do abortamento voluntário provocado com o consentimento – ou não – da gestante.

De todo modo, avançando ao conceituamento do termo, temos que a palavra "aborto" vem do latim *abortus*, derivado de *ab-orior*, que é o oposto de *orior*, que significa "nascer". Para além da etimologia, temos que, para a ciência médica, o aborto é a expulsão do feto, natural ou provocada, durante o período de gravidez. Difere-se, logicamente, do parto, que ocorre ao fim da gestação e tem por consequência o nascimento com vida, ainda que dure apenas alguns segundos, dias ou meses.

O Direito considera como **aborto** a provocação da morte do feto dentro do útero materno, ou a sua expulsão prematura **para que venha à óbito**, em qualquer fase da gravidez. O conceito, vemos, é abrangente e tem como centro o fenômeno "morte fetal". Ao contrário do que fazem crer os defensores da prática abortiva, temos claro que o *aborto* está claramente centrado na *morte* de um ser humano em fase intrauterina.

É possível perceber um fenômeno interessante no debate público relativo ao aborto. Aos apoiadores da causa, militantes da legalização da prática abortiva no Brasil e no mundo, o termo 'morte fetal' é proibido. Fala-se em "interrupção da gestação", "solução de saúde pública", "direito fundamental de dispor de seu próprio corpo", "direito à autodeterminação", "liberdade sexual" e "autonomia da vontade

sobre sua própria vida". A maior parte dos termos aqui citados geram bons sentimentos em boa parte das pessoas, porque utiliza termos bastante virtuosos. Liberdade, saúde, direito fundamental, autodeterminação e autonomia são palavras neutras, porque são transformadas moral e eticamente pelos termos e contextos que as acompanham.

A eliminação do termo "morte" do conceituamento do aborto tem motivações políticas e didáticas, e é usada pelos apoiadores da prática em suas *manipulações* políticas, já que tira um fardo moral aos apoiadores da causa; ninguém em sã consciência apoia a provocação da morte de um inocente. Ainda que retirado o termo e trocado pelo eufemismo "interrupção da gestação", o abortamento voluntário de uma gestação é **contrário ao Direito**, que é eminentemente **humano** e deve buscar, necessariamente, não por uma obrigação moral, **mas por sua própria natureza substancial enquanto "conceito"**, o Sumo Bem à que todo ser humano, inevitavelmente, busca.

Enquanto parte integrante das discussões morais e éticas ao longo de toda a história humana, o suposto direito ao aborto é citado da Bíblia ao Alcorão, na filosofia grega aos escritos de Hipócrates, na legislação romana à teologia católica. Mesmo tendo permanecido silencioso ao longo de boa parte da história – pela hegemonia moral cristã ao longo da Idade Média, Moderna e o início da contemporânea – o "direito" ao aborto foi objeto de diversas correntes jusfilosóficas ao longo do tempo. Sinteticamente, sem nos alongar na descrição histórica, vejamos:

Na Índia, as leis de Manu já reconheciam a dignidade das crianças, dos pobres e dos doentes, inclusive dos nascituros. O famoso e excessivamente citado Código de Hamurabi ditava a pena de morte e um tipo de indenização econômica pelas diversas espécies de aborto praticadas na época.

A Sagrada Escritura, venerada pela maior religião do planeta, o Cristianismo, determinava a pena de morte ao homem que matasse mulher grávida ou a agredisse para provocar a morte do feto. Valia a lei do "olho por olho, dente por dente".

Na Civilização hedonista grega e romana, o instituto do aborto era mais francamente tolerado. Platão (427-347 a.C) trouxe a prática como solução para

selecionar os mais dotados e como meio de controle de natalidade em um Estado perfeito. O uso da prática como eugenia, para montar uma raça mais perfeita, e como controle de fecundidade já está em ascensão há séculos.

O grande Aristóteles, utilizado na presente obra justamente para refutar o direito ao aborto, **admitia a prática como controle de natalidade de um Estado**. Declara expressamente, em "A política", que o aborto era tolerável até o momento em que tivesse recebido "sensibilidade e vida", o que, de acordo com os escassos conhecimentos científicos da época, acontecia apenas a partir do quadragésimo quinto dia após a fecundação, o que se prova como irreal com os conhecimentos modernos.

O célebre médico Hipócrates incluiu no seu famoso juramento a proibição dos médicos de fornecerem às mulheres remédios que fossem abortivos. Tal juramento é repetido todos os anos nas formaturas de Medicina pelos neo-médicos, e evidencia ainda mais a concepção geral de que o feto é vida humana plena, que merece ser protegida por aqueles que tutelam a saúde.

Em território ocidental-cristão, a Igreja Católica Apostólica Romana sempre decretou pela patente imoralidade do abortamento voluntário, tendo como primeiro registro escrito a "Doutrina dos Doze Apóstolos", a Didaché, espécie de catecismo primitivo da Igreja.

O que fica historicamente evidente é que o aborto sempre foi tido, pelas civilizações antigas, como frontalmente contrário à ética e ao Direito, sendo inegavelmente banido de diversas sociedades civilizadas, ainda que parcialmente.

Ainda que tenhamos delimitado um importante passo para a história do aborto no ocidente primitivo, temos ainda que expor o ressurgimento da militância pró-legalização na história moderna. Para desenvolver-se em tão curto espaço de tempo, o ideário moderno sobre controle de natalidade, planejamento familiar e, conseqüentemente, sobre **o aborto**, teve obrigatoriamente de desenvolver-se em espaço de grande hegemonia financeira e cultural: os Estados Unidos da América, nação que possui a cultura mais expansiva, influente e poderosa do planeta.

Ainda que tenha permanecido especialmente adormecido durante boa parte da história ocidental medieval e moderna, o tema da interrupção voluntária da gravidez ressurgiu timidamente como debate político-social em meados do século XIX, nos Estados Unidos, com o surgimento de insurreições femininas quanto à sua participação na sociedade e nas políticas públicas.¹⁴

Havia, no fim do século XIX, um clima de questionamento dos valores tradicionais, principalmente por meio das artes, da cultura e da música. Com o início das pequenas revoluções feministas no fim daquele século, surge uma personagem histórica de central importância para a temática do aborto provocado: Margaret Sanger, nascida em 1879, sexta filha de uma família pobre de onze irmãos. Tais experiências de pobreza e miséria – além de uma família numerosa – influenciaram profundamente o pensamento da militante com relação ao aborto. Vejamos.

Partindo do pressuposto de que muitas famílias americanas eram extremamente pobres porque tinham numerosos filhos, Margaret Sanger concluiu que precisava encontrar um meio de dar às mulheres a possibilidade de decidir quantos filhos teriam. Esse meio, sendo ela, era o aborto, procedimento através do qual as mulheres seriam "emancipadas", tendo total controle de quantos filhos teriam em suas famílias, mesmo que isso custasse a saúde das gestantes e a vida de seus filhos.

Neste ideário, Margaret escreve um de seus primeiros trabalhos, *Woman and the New Race*. No livro, a militante escreve que "a coisa mais misericordiosa que uma numerosa família faz para uma de suas crianças é matá-la". Ainda, Margaret se empenhava fortemente em descobrir e fazer conhecidos outros meios de controle de natalidade, possibilitando às mulheres a possibilidade de ter domínio sobre suas próprias gestações.

Aparentemente virtuosa, Margaret Sanger montou a primeira clínica de aborto em larga escala dos Estados Unidos: a notória *Planned Parenthood*. Atualmente, a organização é uma das maiores agências de "controle reprodutivo" do planeta, influenciando a legalização da prática abortiva em diversos países do mundo.

¹⁴ MAZZA, George. **O que você precisa saber sobre o aborto**. São Paulo: Ecclesiae, 2019.

Ainda assim, no fim do século XIX e início do século XX, a prática do aborto era ainda muito limitada, e as ideias perpetradas por Margaret Sanger tinham ainda pouco alcance perante as pessoas comuns, razão pela qual permaneceram ainda dormentes por algumas décadas.

As ideias relativas ao aborto começaram a espalhar-se no mundo acadêmico quando da publicação de duas obras demográficas: "Um ensaio sobre princípio populacional", de Malthus, publicada em 1798 e "População: um estudo do malthusianismo", de Warren Simpson Thompson, publicado em 1915. Ambas as obras analisam o crescimento populacional e seus efeitos sobre a economia das famílias e da própria sociedade.

A conclusão dos estudos é errônea, mas teve grande impacto: famílias numerosas normalmente são famílias pobres. Deste modo, países populosos demais normalmente são países pobres. Assim, as maiores economias do planeta passaram a concentrar esforços em fornecer à sociedade o ideal de que havia a necessidade de controlar a natalidade das famílias, em vista do bem comum e da prosperidade das famílias.

Neste cenário, a geração dos filhos e as famílias numerosas passaram a ser associadas com a pobreza e o desconforto, e as famílias começaram, lenta e progressivamente, à diminuir de tamanho.

Foi paralelamente à este cenário acadêmico-intelectual que, após a Primeira Guerra Mundial, parte dos grandes empresários americanos passou a criar suas próprias fundações de filantropia, existentes até hoje. Estão incluídas a *Ford Foundation*, *Rockefeller*, *Carnegie*, *MacArthur* e a *Hewlett, David e Lucille Packard*.

Tais associações foram criadas com recursos próprios de seus fundadores, com o intuito de adquirir do governo norte-americano a tradicional isenção fiscal prometida pelo governo e a própria realização de trabalhos filantrópicos, além da defesa de interesses sociais dos conglomerados econômicos de seus donos.

Para além dos justos motivos para sua fundação, estas fundações passaram a financiar e custear pesquisas quanto ao controle populacional e ao controle de natalidade das famílias.

Com o passar do tempo, já na década de 1960, a discussão relativa ao aborto avançou. Não se tratava mais de mero controle populacional – já que houve certo declínio das ideias *Malthusianas* –, mas de **planejamento familiar**. A temática central relativa ao aborto estava não mais na ideia de que o controle populacional era necessário para evitar a simples pobreza, mas também para evitar um colapso tanto da economia americana quanto da mundial, cada vez mais interligadas pelo fenômeno globalizatório.

Neste cenário, o presidente americano John F. Kennedy fundou a Agência Americana para o Desenvolvimento Internacional (USAID), responsável por gerenciar a "ajuda" sobre o controle populacional em países estrangeiros e no próprio território americano. Uma de suas tarefas principais era a promoção do controle de natalidade e do planejamento familiar **por meio** do aborto e de práticas correlatas, como o treinamento de profissionais de saúde para realizar a prática, a distribuição de medicamentos abortivos e a esterilização de mulheres em fase gestacional ou após um certo número de gestações.

Ainda que o governo americano promovesse, sob o título de planejamento familiar, o aborto em terras estrangeiras, até meados de 1973 a prática ainda era proibida no território nacional.

Foi com o caso *Roe vs. Wade* que a prática abortiva ganhou força e legalidade nos Estados Unidos. A decisão da Suprema Corte permitiu e regulamentou o aborto em uma única canetada, em todo o território nacional americano, em fevereiro de 1973. Assim, todos os estados americanos não podem promulgar leis que proíbam ou impeçam o aborto, mas apenas leis que regulamentem a prática.

A decisão histórica foi celebrada e odiada não só no território americano, mas em todo o mundo civilizado. As paixões que a referida decisão suscita encontram amparo em seus efeitos, mas ainda em sua tese. A decisão baseou-se tanto no princípio da **privacidade pessoal, declarando ser a decisão de abortar uma questão de foro íntimo, inalcançável pelo poder coercitivo do Estado de fazer ou de não-fazer**, quanto de que o nascituro não poderia ser considerado como pessoa, inaugurando o famigerado **marco dos trimestres**, que aumenta a proteção estatal ao feto na medida em que a gestação avança.

A própria ADPF 442, quando expõe uma argumentação fática quanto às principais jurisprudências do mundo relativas ao aborto, delimita tanto o argumento acima enunciado, baseado na privacidade, quanto outro, emitido pela jurisprudência alemã em *Abortion I*, que **manteve a criminalização do aborto, mas criou um tipo penal que não previa punição quando o ato ilícito era praticado nas 12 primeiras semanas de gestação**.¹⁵ Na prática, a legalização efetivamente ocorreu, sem que a corte tivesse o peso moral de excluir a tipificação penal de um ato reprovável.

Desde então, pouco mudou. As decisões jurisprudenciais da Suprema Corte Americana (como *Webster vs. Reproductive Health Services*, 1989, e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*, 1992)¹⁶ apenas alargaram os termos de *Roe vs Wade*, de forma que o marco dos trimestres foi desconsiderado e o aborto foi sedimentado como direito reprodutivo, proibindo-se qualquer Estado Americano de proibir o aborto, mas apenas de regulamentá-lo. Da mesma forma, na Alemanha, **foi determinado que o aborto seria permitido por questões sociais e de saúde, fator que explicitamente incluía o bem-estar, a estabilidade financeira e social da mulher grávida e a sua *psiqué***, tudo sob a argumentação de “saúde”.

A quantidade de países com leis permissivas à prática abortiva aumentou vertiginosamente, e a militância política em países resistentes cresce. A estratégia principal é, ainda, a legalização por via secundária, ou seja, por meio das Supremas Cortes, menos resistentes à prática e pouco pressionadas pela opinião pública, que, no Brasil, ainda é majoritariamente resistente ao assunto.

O célebre Ronald Dworkin, na grande obra “Domínio da Vida”, divide a argumentação anti-aborto em duas faces: uma à que o autor chama de independente e outra, à que nomeia derivativa. **A primeira pressupõe o fato de que a vida humana é, de algum modo, intrinsecamente sagrada**. Logo, não se poderia jamais ferir a vida humana em qualquer estágio, porque, ainda que em estágios iniciais de desenvolvimento e proteção, a vida humana seria sacrossanta. A segunda, ao

¹⁵ STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 442**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

¹⁶ ABOUD, Carolina J. **Webster v. Serviços de Saúde Reprodutiva**. 1989. A Enciclopédia do Projeto Embrião. Registro e contextualização da ciência dos embriões, desenvolvimento e reprodução. Disponível em: <<https://embryo.asu.edu/pages/webster-v-reproductive-health-services-1989>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

contrário, pressupõe que, desde a concepção, **o feto é sujeito de direitos, e aplicam-se à ele os princípios inerentes da vida: ele tem interesse em não morrer.** Logo, o aborto é, para quem adota tal princípio, não só comparável, mas igual à um assassinato.

Como vimos, um dos argumentos “anti-aborto” que Ronald Dworkin tipifica é o argumento independente. Nas palavras do próprio, vejamos:

A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da reconhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura a qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. Chamarei esta objeção de objeção independente, uma vez que não depende de nenhum direito ou interesse particular, assim como não os pressupõe. Uma pessoa que aceita *esta* objeção, e argumente que o aborto deve ser proibido e regulamentado por lei por *esta* razão, acredita que o governo tem uma responsabilidade independente de proteger o valor intrínseco da vida.¹⁷

Com relação ao argumento que o teórico chama de “derivativo”, o jurista avança: declara que a maior parte dos militantes contrários ao aborto parte do princípio independente, e não do derivativo. Logo, aquelas pessoas que acreditam argumentar pela vida humana do feto desde a concepção estão, ao contrário, argumentando pela sacralidade da vida. Isto porque, ainda de acordo com Dworkin, se tomarmos como pressuposto o argumento derivativo, temos que o feto é titular de direitos e, dessa forma, titular de **interesses que podem ser violados, de forma igualitária à qualquer outro membro da comunidade civil.**

Argumentando de forma contrária ao argumento derivativo – de que o feto tem “direito” e “interesse” em manter-se vivo, Dworkin declara que:

Não tem sentido imaginar que alguma coisa tenha interesses *próprios* – não obstante ser importante o que lhe aconteça –, a menos que tenha, ou tenha tido, alguma forma de consciência: algum tipo de vida mental e de vida física.¹⁸

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 13.

¹⁸ *Ibidem.* p. 21.

E ainda:

Alguém age contra meus interesses quando escolhe outra pessoa para um cargo ao qual me candidatei, ou move um processo contra mim, ou bate em meu carro, ou escreve uma crítica negativa de meu livro, ou projeta uma ratoeira melhor e passa a comercializá-la a um preço inferior ao daquela que fabrico, mesmo quando essas ações não me causem nenhuma dor física e, na verdade, mesmo quando nem me dou conta de que tenham ocorrido. Meus interesses estão em jogo **não por minha capacidade de sentir dor**, mas devido a um conjunto diferente e mais complexo de capacidades: **ser ou não capaz de sentir prazer, afeições e emoções, ter esperanças e expectativas, experimentar decepções e frustrações.**¹⁹

Então, temos que o argumento **derivativo** (aquele que considera que o feto tem interesses e direitos que lhe são próprios) é contrarrazoado por Dworkin levando em consideração a **experiência humana de vida comum**. Em outras palavras, o jurista declara que, já que incapaz de sentir e experimentar as vicissitudes normais de uma vida humana típica, como frustrações, dores, esperanças, expectativas e alegrias, o feto não é capaz de ter **interesses, e por isso** não tem **direitos**. Logo, para este, não há coerência em tal argumento, haja vista que o feto não é capaz de ter interesses por não ter consciência de si mesmo.

Na obra “Domínio da Vida”, então, Dworkin passa a analisar a perspectiva do aborto pelo aspecto do argumento “independente”, aquele que declara ser a vida humana **sagrada**, e por isso, inviolável. Por fim, o jurista conclui pela incapacidade do Estado de proibir a prática abortiva, em razão da **liberdade religiosa** prevista na Constituição Americana.

Esta grande obra, celebrada em muitos círculos jurídicos, faz distinções importantes quanto aos argumentos “pró-vida”. Ainda assim, em nossa visão, a tese possui erros graves em sua assertiva de que a vedação do suposto “direito ao aborto” não encontra amparo filosófico-jurídico adequado à realizar esta mesma proibição.

Todavia, para analisar estes argumentos – muitos dos quais usados pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) na sua ADPF 442, onde pede a declaração de não receptividade, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 23.

dos artigos 124 e 126 do Código Penal –, partiremos, no próximo tomo, da análise da respectiva petição inicial da ADPF à luz da doutrina filosófico jurídica exposta nos tomos anteriores, e sob os argumentos de fato e de direito que forem pertinentes ao debate, para provar, em tese e de fato, que o aborto é profundamente ajurídico, desumanizante, e que sua legalização – ou descriminalização – são o declínio acentuado do sentido correto e justo da norma jurídica.

3 ANÁLISE JUSFILOSÓFICA DA ADPF 442

Em março de 2017, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) apresentou aos escaninhos do Supremo Tribunal Federal a petição inicial da ADPF 442, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental com o objetivo de ver reconhecida a não-receptividade dos artigos 124 e 126 do Código Penal à atual Constituição Federal de 1988. Devidamente assinada pelos dirigentes do referido partido, a propositura da ação causou rebuliço no país.

A tentativa de descriminalizar o aborto por vias judiciais é estratégia conhecida da militância pró-aborto, e é prática bem sucedida em diversos países do mundo, notadamente na Alemanha e nos Estados Unidos, em meados do século XX.

A relatoria ficou à cargo da Ministra Rosa Weber, conhecida por seus votos sensatos e temperados. Ainda assim, a digna Ministra se viu pressionada pelos efeitos da decisão, razão pela qual instituiu uma Audiência Pública – onde os diversos *amicus curiae* relevantes poderiam se manifestar –, para acalmar os ânimos dos cidadãos brasileiros e trazer o debate público para os ouvidos de Vossas Excelências.

Na referida audiência, algumas dezenas de representantes foram ouvidos. Padres, juristas (como a digna colega, Dra. Janaína Paschoal), militantes, representantes de movimentos sociais, pastores, religiosos das mais diversas religiões e tantos outros. De certo modo, toda a sociedade brasileira viu-se representada naquele debate, dando à Corte Suprema um certo alívio na tomada da decisão. De todo modo, com as polêmicas decisões do STF nos últimos anos e a pressão popular sobre a Corte, os dignos Ministros devem ainda adiar a sessão de julgamento da referida ADPF por tempo indeterminado.

De todo modo, a referida petição inicial parte de pressupostos jurisprudenciais, expondo, à título de Direito comparado, as decisões judiciais mais relevantes quanto à questão no mundo, argumentando pela adequação da jurisprudência nacional às decisões estrangeiras. Após, parte aos argumentos filosófico-jurídicos e principiológicos, argumentando que, em razão destes, a criminalização do aborto é questão inconstitucional que deve ser definitivamente afastada.

O presente tomo, como parte central da tese, será dividido em dois pontos. Um se dedicará à refutação dos argumentos centrados na “dignidade da pessoa humana” e do conceito de “pessoa constitucional” enquanto elementos asseguradores de um suposto “direito ao aborto”. O outro, por outro lado, buscará a refutação dos argumentados centrados na autonomia e na cidadania da mulher e na vedação da tortura e do tratamento degradante às mulheres como elementos asseguradores do referido direito abortivo. Deste modo, os argumentos jusfilosóficos centrais da tese do “Partido Socialismo e Liberdade” estarão cobertos, não alongando-nos em discussões e digressões que não servem à tese aqui exposta.

Vejamos.

3.1 Da inadequada defesa da dignidade da pessoa humana em apoio ao Aborto, e do errôneo conceito de “pessoa constitucional” como suporte ao direito abortivo

A quarta seção da petição inicial da ADPF 442 se denomina como “a tese da violação à dignidade da pessoa humana, à cidadania e à não discriminação das mulheres pela criminalização do aborto e seu impacto nos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura, à saúde e ao planejamento familiar”.

A referida seção é uma construção argumentativa que parte da estruturação do conceito da dignidade da pessoa humana, dividindo-o em um conteúdo essencial mínimo, como tipificado pelo próprio Ministro Barroso: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Deste modo, passa a argumentar – e este é, de algum modo, o argumento central no que se refere ao feto - que o princípio da dignidade da pessoa humana deve estar sempre ligado ao sintagma “pessoa humana”, não bastando a atribuição de “valor intrínseco” – ou seja, o pertencimento à espécie – para a imputação de direitos fundamentais à quem quer que seja.

Lê-se:

63. O valor intrínseco do humano anima o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. **O pertencimento à espécie confere um estatuto moral e jurídico diferenciado às criaturas humanas**

quando comparado às outras criaturas biológicas. Reconhecer valor intrínseco no pertencimento à espécie humana não é o mesmo que designar todas as criaturas humanas como pessoas constitucionais e, conseqüentemente, a elas conferir direitos e proteções fundamentais.

64. O entendimento do complexo sintagma constitucional “dignidade da pessoa humana” exige maior complexificação analítica do que simplesmente o pertencimento à espécie para os efeitos protetivos e garantidores do princípio constitucional. É certo que somente os humanos recebem o estatuto de pessoa para a Constituição Federal.²⁰

Ora, de certo modo, a tese acima sintetizada é o ponto de partida para a autorização efetiva da descriminalização do aborto. Se o feto, ainda que reconhecido como criatura humana, não possui um suposto “estatuto de pessoa constitucional”, não há de se falar em proteção para este ou crime para o agente.

Apenas partindo desse pressuposto é que qualquer argumentação referente à cidadania, liberdade, saúde, vedação à tortura, autonomia e planejamento familiar ganham qualquer relevo de seriedade. De outro modo, seriam apenas a imputação grave e criminosa do direito de uns sobre outros, e não a “concretização da autonomia feminina em grau máximo”, como fazem acreditar os defensores desta causa.

De todo modo, ousamos discordar frontal e completamente com a tese exposta na referida ADPF: além de ser incorreta e ilógica, a referida tese, sob um aspecto filosófico geral, se aproxima gravemente de teorias totalitárias e eugênicas, sem medo de exagerarmos nesta questão.

Ainda que não se trate de uma análise político-ideológica, é *mister* declarar que as alegações da Requerente flertam gravemente com teorias eugênicas, ao **tornar um mero fato de direito positivo e discricionário das cortes** a aplicação do estatuto de pessoa à uma criatura humana.

A inicial da ADPF 442 declara que, além do “portal” do valor intrínseco (ou seja, ser pessoa humana), há uma segunda camada de aplicação da dignidade da pessoa humana, que é a qualificação como “pessoas constitucionais”. **Não bastaria**

²⁰ STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 442**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

o pertencimento à espécie humana, mas o estatuto de “pessoa humana” para a imputação de direitos fundamentais.

Além disso, encontra certo amparo na doutrina de Dworkin, quando este declara que o estatuto de pessoa está centrado na experiência físico-mental de sentimentos, expectativas e interesses, e não na sua própria existência humana enquanto tal.

Ao elaborar tais argumentos, a tese gera alguns conflitos lógicos: o estatuto de pessoa humana é construto positivo do direito? A espécie humana possui subdivisões biológicas ou metafísicas, em que alguns seriam pessoas, e outros não? Em não sendo o valor intrínseco do humano suficiente para a aplicação da dignidade da pessoa humana enquanto preceito constitucional, é a vontade do Estado quem determina esta “segunda camada” que se é necessária passar para a aquisição de direitos?

Em primeiro, cabe responder que o estatuto de **pessoa humana** não é construção positiva do direito e nem deveria ser. Como reconhece a própria tese da minuta que aqui se analisa, o embrião ou feto é **efetivo pertencente da espécie humana**, mas não se caracterizaria como pessoa constitucional.

Como declara André Gonçalves Fernandes:

O utilitarismo transforma-se na tônica das relações sociais e, uma vez triunfante a ideia da força como fundamento do direito, a noção de universalidade dos direitos humanos corre o risco de ficar arruinada e, logo em seguida, a própria democracia reinante que, carente de valores objetivos e de pressupostos morais capazes de sustenta-la, pode descambar no totalitarismo. E não é só. Acima disso, estão questões fundamentais relativas à pessoa e à sociedade. Será que sou eu que constituo o outro em sua subjetividade? A existência alheia está condicionada pelo reconhecimento que lhe concedo ou nego?²¹

Ora, se o feto ou embrião são pertencentes da espécie humana, é cabível dizer que tem **valor intrínseco de humano**. Em possuindo valor intrínseco de humano, cabível declarar, portanto, que são membros inteiros da espécie humana,

²¹ FERNANDES, André Gonçalves. **Livre para Nascer**: o aborto e a lei do embrião humano. 1 ed. São Paulo: Vide Editorial, 2018, p.145.

não sendo possível que existam “meio-humanos” ou “quase-humanos”, como a história tanto nos prova.

A Convenção dos Direitos da Criança (Assembleia Geral da ONU de 20 de novembro de 1989) afirma, em seu preâmbulo, que “a criança, por sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e atenções particulares, incluída a devida proteção legal, *seja antes, seja depois do nascimento* (grifos nossos).

Ainda, não é possível declarar que o ser humano em estágio de desenvolvimento inicial não se enquadraria como pessoa. Se assim o fosse, ele não poderia chamar-se humano. **Afinal**, todas as pessoas humanas – homens e mulheres, de todas as raças e gêneros – passam pela fase intrauterina. A lógica clássica nos ensina que algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo sobre o mesmo aspecto. Não é possível que “algo” seja membro da espécie humana sem que seja plenamente humano, assim como não é possível ser pessoa ao mesmo tempo em que não se é plenamente uma pessoa.

Como leciona Silmara Chinelato:

O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios – zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto -, representa apenas um *continuum* do mesmo ser, que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores de desenvolvimento, passando de criança a adolescente e de adolescente a adulto.²²

É reconhecível facilmente, pelo próprio senso de realidade do homem, que todo ser humano é **pessoa natural**, ainda que debilitada, incompleta ou marcada por seu próprio estágio de desenvolvimento. O que faz a espécie humana é o fato de que somos, por natureza, **peçoas**. Ainda que o Direito dedique algumas limitações à determinadas pessoas, a depender da idade, por exemplo, isso não as torna menos humanas ou com uma personalidade limitada.

Conforme André Gonçalves Fernandes, citando Millan-Pueles:

Essa dignidade consiste, do ponto de vista filosófico, segundo Millan-Pueles, num conceito que se inscreve em três planos: “o da essência

²² CINELATO, Silmara. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 300.

ou natureza do homem; o do fundamento transcendente do valor desta ideia e o das exigências jurídico-naturais desse mesmo valor”.

Deste modo, a dignidade da pessoa humana reside não na outorga jurídico social de tal direito, mas na natureza própria do fato de que somos humanos e, deste modo, brotam as exigências naturais desse mesmo valor. Logo, “ser membro da espécie humana” é suficiente para, de todo modo, gerar exigências jurídico-sociais no campo próprio do Direito.

Ainda que se possa assumir que uma **pessoa** é apenas aquela que tem expectativas, frustrações, consciência de si mesma e experimenta a realidade humana, teríamos que declarar forçosamente que muitos seres humanos já nascidos não poderiam se encaixar nestes limites: o inválido, o demente senil, aquele que está em coma, as crianças recém nascidas e os vitimados de algum acidente cerebral perdem, muitas vezes, as funções cerebrais e animadas que os garante, supostamente, o “ser pessoas”.

Ora, é evidente, portanto, que a **mera experiência humana de si mesmo e da vida comum são insuficientes** para a caracterização de pessoas, sob o peso de serem arbitrárias e de algum modo eugênicas.

Assim, levando estas realidade em conta, o nascer – como processo de saída do útero feminino – não garantiria a existência humana enquanto pessoa, porque não há mudanças significativas na estrutura da existência daquele mesmo ser. Ora, se não há mudanças significativas do recém-nascido para aquele que vivia de forma intrauterina, não se pode falar em mudança **ontológica**, mas apenas em mudança **jurídica**.

Logo, sob qualquer aspecto de raciocínio, para a referida tese, a personalidade de alguém está intimamente ligada à **norma**, e não à natureza. Não se trata de uma “transformação ontológica” de *mero membro da espécie* para *pessoa humana*, mas de uma **aplicação fictícia da lei sobre a realidade**. É, ao fim e ao cabo, uma ficção jurídica criada para organizar à quem se imputariam direitos e à quem não.

O próprio Habermas, a quem o Requerente se utiliza em diversas passagens da referida inicial, declara:

Por essa razão, para mim, junto com a instrumentalização da vida pré-pessoal está em jogo uma auto compreensão ética da espécie, que determina se ainda poderemos continuar a nos compreender como seres que agem e julgam de forma moral. Quando nos faltam razões morais que nos forcem a uma determinada atitude, temos de nos ater aos indicadores éticos da espécie. Suponhamos que, com o uso de embriões exclusivamente para pesquisa, se imponha uma prática que trate a proteção da vida humana pré-pessoal como algo secundário em relação a “outros objetivos” e mesmo em relação à perspectiva do desenvolvimento de bens coletivos de grande importância (por exemplo, novos métodos de cura). A dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana, que caminhará de mãos dadas com o fato de nos *habitarmos* a tal prática, prepararia o caminho para uma eugenia liberal.²³

Logo, o conceito de **pessoa constitucional** é gravemente abusivo e fictício. Não existem “pessoas constitucionais”, mas apenas pessoas naturais sobre as quais a constituição e as leis preveem deveres, direitos e capacidades. A existência de **pessoa constitucional** é um abusivo jurídico **criado** para amparar **linguisticamente um direito inexistente**, criando a partir do nada uma natureza jurídica de personalidade para a espécie humana em determinado estágio de desenvolvimento. É um portal, mas um portal falso.

Logo, vemos que na própria composição da realidade o ser humano enquanto tal é sempre **pessoa**, e a negação deste mesmo princípio é a raiz e a natureza de teorias eugênicas e puristas. É evidente que, considerados como pessoas de igual natureza e dignidade, os negros, judeus e/ou politicamente e nacionalmente divergentes jamais seriam livremente assassinados **com** amparo filosófico e legal. O mesmo pode se dizer dos deficientes físicos e mentais, moradores de rua e inválidos de todo gênero, assassinados por iniciativa do Estado (e amparo jurisprudencial) em muitos países do mundo.²⁴

À título de argumentação, temos a triste notícia de que, em países como a Islândia, onde o aborto é largamente autorizado, cem por cento (100%) dos bebês portadores de Síndrome de Down e outras deficiências genéticas e formativas são abortados, o que é aclamado como um grande sucesso de saúde pública. A ideia

²³ HABERMAS, Jürgen, **O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.98-99.

²⁴FORTE, David F. **Da interrupção da gravidez ao extermínio: o genocídio internacional da Síndrome de Down.** Fonte: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/da-interruptao-da-gravidez-ao-extermínio-o-genocídio-internacional-da-síndrome-de-down-1qx5by8nrx4ioav9mrpxtvorq/>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

largamente autorizada de que **ter filhos** é um **direito** gera, na mentalidade e na *práxis* modernas, medidas dramáticas de aborto e descarte de embriões.

Todos os abusos jurídico-sociais da história foram criados como **ficções jurídicas** quanto à natureza própria da pessoa humana e seu valor intrínseco. Ainda que com consequências diversas, a instalação destas teorias em um ordenamento jurídico acende o alerta vermelho da ética. Afinal, se alguns não são pessoas, nem todos os seres humanos são protegidos pelo direito. Quem serão os próximos?

3.2 Da suposta violação dos direitos constitucionais da mulher na criminalização do aborto, no que diz respeito à autonomia, à cidadania, à liberdade, à vida, à saúde, à igualdade, à proibição da tortura e tratamento degradante e ao planejamento familiar

Após a declaração de que os embriões e fetos não possuem *status* de pessoa constitucional e a exposição pormenorizada desta alegação, a referida ADPF continua suas razões ao demonstrar que a proibição do direito ao aborto fere largamente os direitos fundamentais das mulheres, notadamente no que diz respeito à **autonomia, à cidadania, à vida, à saúde mental e física (no que se inclui a vedação à tortura) e o direito ao planejamento familiar.**

Como declara a própria inicial da referida ADPF, nos termos de Luiz Roberto Barroso, a autonomia “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”. De certo modo, a tradição constitucional dos Estados Unidos da América aplicou tal princípio de forma inequívoca na decisão de *Roe v. Wade*, sedimentando o “direito à privacidade” como amparo ao aborto legal.

Nos termos da própria ADPF, há uma construção lógica na concatenação de todos esses princípios constitucionais elencados acima:

70. Dignidade da pessoa humana das mulheres e cidadania informam como interpretar o direito à autonomia no caso concreto do aborto. Os indivíduos não existem em condições abstratas. Suas escolhas são sempre feitas em contextos sociais dados e suas motivações são também informadas pelas condições concretas em que vivem. A proteção da autonomia como autodeterminação exige a garantia das condições sociais para a sua realização como projeto de vida: **por isso autonomia é tanto a capacidade individual de se autodeterminar**

quanto as oportunidades, condições e proteções para o exercício da autodeterminação. É do encontro da autonomia privada com os direitos à igualdade e não discriminação que a vida digna cidadã das mulheres pode ser protegida.²⁵

Ainda, ligando-se ao conceito de pessoas constitucionais, prossegue declarando que “as pessoas constitucionais nascem em situação de vulnerabilidade existencial – todas dependem das políticas públicas e sociais, das redes de afeto e sociabilidade do reconhecimento, para o desenvolvimento adequado”.

Segue-se declarando, como uma sentença de forte apelo dramático, que “direito ao aborto é condição para a plenitude de um projeto de vida”.

Declara, ainda, que “a gravidez coercitiva, isto é, a “maternidade compulsória”, nos termos de Siegel, representa um regime injusto de controle punitivo com potenciais efeitos destrutivos ao projeto de vida das mulheres”.

Deste modo, ao proibir a prática abortiva e tipifica-la como crime, o Direito Penal e o Estado abrem mão da proteção constitucional das mulheres e comete um crime grave contra elas mesmas, ao privá-las de um suposto projeto de vida e forçar as mulheres à gravidez compulsória.

Tal narrativa está longe de ser verdadeira. Por primeiro, é evidente se declarar que o aborto legalizado, ainda que seja uma questão jurídica que afeta diretamente as decisões das mulheres, não é uma questão puramente feminina. O jogo linguístico dos “espaços de fala” pode funcionar para certas questões, mas deveria ter mais a ver com “conhecimento de causa” do que “direito de expressar-se” sobre determinado assunto.

Quanto ao aborto, não se pode expor a questão como puramente feminina. Nos termos da própria ADPF, trata-se de uma controvérsia em torno de “direitos reprodutivos”. Ora, é evidente, pela própria natureza dos atos, que a reprodução é **de toda a espécie humana**. Ainda que as mulheres, por sua própria **constituição física**, carreguem em seus ventres o fruto dos atos reprodutivos, estes atos são sempre **humanos**, sendo **absolutamente necessário os gametas de ambos os sexos para**

²⁵ STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. **ADPF 442**. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

que se dê a reprodução. Logo, falar de **direitos reprodutivos** é falar de reprodução da espécie humana, e não de uma questão puramente feminina.

Quanto à controvérsia de existirem ou não os chamados “direitos reprodutivos”, o presente trabalho se absterá. Tal discussão pode servir para uma futura tese específica, mas não para os objetivos aqui buscados.

Ademais, procurando fugir do fato incontestável de que todo ser humano passa pela fase intrauterina, o partido Requerente perverte a razão humana e busca provar, por um jogo de palavras, que o mesmo tipo penal que busca **proteger a vida** é, ao contrário, um **atentado contra a própria vida**. Ora, é evidente que se trata de uma incoerência conceitual.

Nas palavras de Janaína da Conceição Paschoal, encontra-se:

A discussão posta não gira em torno de decidir quando começa a vida, mas de um fato incontroverso: para usufruir do direito à vida e, por conseguinte, todos os demais direitos, é preciso nascer. A legalização do aborto aniquila tal direito e, portanto, fere o direito à vida. Ademais, na linguagem adotada por Habermas, tal legalização gerará a “dessensibilização do nosso olhar em relação à natureza humana”.²⁶

Ainda, a Requerente declara ser a criminalização do aborto um atentado contra as mulheres negras, indígenas e pobres, e com todas as mulheres em geral, sendo um ato de discriminação por parte do Estado.

Tais alegações são, novamente, mais um jogo linguístico do que uma argumentação coerente. Ainda que se possa discutir a vulnerabilidade dos mais diversos grupos sociais minoritários, ligá-los à temática do aborto é gravemente incorreto, para não dizer escandaloso. Ora, as mulheres negras, indígenas, pobres, nordestinas e transexuais – como alega a exordial – ainda que tenham direito de autodeterminação e liberdade, tiveram também o direito de nascer. Ainda assim, aquelas mulheres e homens negros, indígenas, pobres, nordestinos e transexuais que estão no ventre de suas mães também têm direito a nascer.

²⁶PASCHOAL, Janaína da Conceição. **Direito de Nascer**. Disponível em: <<https://conexaopolitica.com.br/ultimas/aquele-ser-humano-tem-direito-a-nascer-diz-janaina-sobre-descriminalizacao-do-aborto/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Logo, trata-se de uma discussão **filosófico-jurídica**, não **político-ideológica**. Utilizar-se desta terminações tem apenas um único objetivo: estigmatizar quem se opõe à essas práticas como machista, homofóbico, transfóbico, racista e genocida. Ora, e é exatamente o contrário!

Nos termos da própria Janaína Paschoal, chefe da cadeira de Direito Penal da conceituadíssima Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, vemos que:

Para que todos os seres humanos possam viver suas orientações e escolhas em plenitude, faz-se necessário que possam nascer e, desde o mais embrionário momento, sejam reconhecidos como pessoas dignas de tutela estatal.

Ademais, como já dissemos anteriormente, não há como proceder o argumento de que a proibição do aborto seria discriminatório porque “apenas mulheres engravidam”. Isto é, ao contrário, um **fato da natureza**, que não deriva de qualquer escolha, nem dos homens, nem das mulheres. Ora, se o Direito subverte a natureza humana enquanto tal e a coloca abaixo de si, não há mais Direito, mas pura tirania e irracionalidade.

O argumento de que proibir o aborto seria equiparável à tortura e ao tratamento degradante é ainda mais falacioso. É evidente que, nos próprios termos das Convenção Contra a Tortura, e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a tortura é definida como:

Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castiga-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou dela decorram.

É evidente que é impossível comparar o impedimento de se realizar o aborto à tortura. Os sofrimentos físicos e naturais inerentes à uma gravidez **não podem ser considerados tortura**, primeiro por serem propriamente naturais e inevitáveis, e

evita-los com base na interrupção de uma vida humana é largamente desproporcional, criminoso e evitável do ponto de vista prático.

A bem da verdade, o que se vê na petição inicial da referida ADPF é uma tentativa contumaz de se mudar a natureza mesma das coisas, ou arrumar subterfúgios para evitar as consequências supostamente desagradáveis das escolhas pessoais de cada um. Enquanto o “sexo livre” gerou uma liberalização sexual que alguns dizem ser benéfica, gerou também uma série de consequências físicas, mentais e sociais que advém da própria **natureza** do sexo humano. Ora, é inegável que o ato sexual reproduz. Ainda que se tenham meios de evitar a reprodução, uma vez acontecida, a reprodução já aconteceu, e negá-la ou termina-la é que seria um atentado contra a natureza e a vida humanas.

Deste modo, vemos que não há embasamento teórico na referida ADPF, e que suas razões são usualmente ilógicas e, por isso, improcedentes no âmbito judiciário. A autonomia feminina, o direito à dignidade da pessoa humana, a cidadania e a liberdade da mulher não são feridas pela criminalização do aborto, em qualquer hipótese, e amparar-se nessas razões é, no mínimo, intelectualmente desonesto.

3.3 A Filosofia Aristotélico-Tomista e o aborto legal como desumanização do Direito

Para finalizar de forma adequada o presente trabalho, cumpre fazer uma breve explanação quanto à ligação de todos os argumentos acima citados com a filosofia exposta no primeiro capítulo. Fazê-lo enquanto se analisa a ADPF 442 em seus termos estritos pode parecer desafiador, mas a própria teoria aristotélica salta aos olhos quando de uma análise mais alargada das razões da presente tese acadêmica. Vejamos.

O mestre Hervada, quando leciona sobre o princípio da dignidade que advém da dimensão de “ser pessoa”, declara (grifos nossos):

Condição que é a moderna forma de expressar o que ao indivíduo humano corresponde por ser indivíduo pessoal, isto é, a natureza racional; por isso, nesta expressão se contém o que corresponde à pessoa por ser realização existencial da natureza humana, que é a natureza racional. A condição neste caso se refere à natureza humana, pondo o acento no traço mais peculiar desta: sua

racionalidade. A dimensão racional é o princípio de ordem. Em virtude de sua índole de forma ou princípio informador, o espírito humano enquanto cognoscente, isto é, a razão se constitui no princípio dirigente do obrar humano. **A razão é a regra da conduta da pessoa humana, de modo que a retidão desta se mede por ser segundo sua razão.** Daí que a regra do obrar correto se dá na *recta ratio*, a reta razão que marca com seus decretos a ordem própria do obrar pessoal.

É visível que, no que diz respeito ao agir humano, tal agir é dirigido à consecução de certos fins, os quais comportam a realização ou a perfeição do homem.

Conforme vimos na primeira parte do primeiro capítulo, **o fim** das atividades humanas é sempre um bem. Ora, se o Direito, enquanto atividade (*latu sensu, evidentemente*) e condição de ordem da humanidade organizada, muda suas finalidades, é evidente que sua natureza transforma-se. Logo, é evidente que, enquanto atividade humana, o Direito jamais poderia esquivar-se de ter como finalidade o bem humano, qual seja, a ordem e a reta conduta e, por fim, a felicidade.

Ainda, o direito jamais poderia proteger um comportamento humano que esteja abaixo daquilo que é razoável e reto, guiado pela razão, porque perderia de vista aquela finalidade que lhe é própria, qual seja, o bem e a ordem. Deste modo, em diversos conflitos éticos e morais de diferentes magnitudes, o Direito toma para si duas atitudes principais: ou omite-se, deixando para o indivíduo a chance de comportar-se retamente ou não, e nesta atitude se incluem boa parte dos conflitos morais do nosso século, ou normatiza-os e tipifica-os, **incluindo no rol dos crimes aquilo que é gravemente contrário à reta razão ou reprovando tais condutas como ilícitos civis.**

Boa parte da argumentação da ADPF 442, analisada supra, centra-se no fato de que um suposto **direito à privacidade** – que leva o Direito a omitir-se quanto à questões morais controversas em certos casos – ampara a pretensão de descriminalizar a prática abortiva, já que o **aborto** seria mais uma dessas atitudes morais que não estão aptas a serem tuteladas pelo braço penal do Estado.

No que diz respeito às questões morais controversas ligadas ao modo de vida privado dos cidadãos, é louvável que o Estado e o sistema jurídico se omitam. Afinal, não há qualquer razão para que o Estado proíba o exercício de alguma prática, desde que esteja posta entre os limites do razoável e do bem comum, ainda que estejam

ações contrárias à *recta ratio*. Nesta seara se encontra a liberdade religiosa, a liberdade sexual, as uniões estáveis, o reconhecimento de direitos patrimoniais em uniões homoafetivas, a prática de certos ritos pessoais da forma que aprouver ao indivíduo, o direito de comprar e possuir armas de fogo (em determinados países), o direito de usufruir da posse e da propriedade de um quase sem número de objetos móveis e de imóveis como o indivíduo bem entender e diversos outros direitos que a retórica da ADPF 442 chama de “direito à autodeterminação”.

Todavia, é importante que se faça uma distinção clara entre a capacidade humana de fazer escolhas ligadas à sua própria vida privada e da tutela estatal sobre certas ações éticas e morais.

Como bem exposto na primeira parte deste trabalho, no dizer de Aristóteles, “*o bem é aquilo a que todas as coisas tendem*”. Como pergunta fundamental da reflexão filosófica dos primeiros capítulos, o trajeto comum iniciou-se com a pergunta fundamental da filosofia: o fim da vida humana.

Tornou-se evidente, pela própria análise da realidade, que a vida e as atividades humanas buscam o bem e, de algum modo, ao Sumo Bem, já que é **necessário que exista um Bem ao qual todos os outros bens estão ligados, já que, se este Bem não existisse, seria inútil qualquer busca pelo bem, porque ficaríamos eternamente buscando bens subordinados a outros, e o Bem em si mesmo não existiria.**

Para Aristóteles, portanto, o Sumo Bem à que todos os homens buscam é a Felicidade e, a partir deste ponto, sua ética desenvolve-se a partir da teoria da vida virtuosa, que demonstra a **objetividade** da vida feliz propriamente humana. Tal vida moral e feliz não é ligada necessariamente à sensações e concepções subjetivas de uma felicidade sensorial, mas à conquista de uma vida virtuosa.

Logo, em sendo o Sumo Bem a realização completa do homem e sendo as atividades humanas – notadamente, o Direito – tendentes de algum modo à realização e ao encontro deste mesmo Bem, temos que aquilo que foge ao que é propriamente o Bem humano vai de encontro à **natureza própria** das atividades humanas.

Por isso, podemos afirmar com clareza que a **legalização da prática abortiva, juntamente com um positivismo irrazoável que se utiliza de argumentos linguísticos e tecnicidades do Direito para justificar o injustificável são, ao fim e ao cabo**, deturpações da razão pela qual existe o Direito, e atacam a própria natureza que dá origem à este: a humanidade.

A tese aqui exposta não está argumentando que a prática abortiva é ajurídica porque “ataca a humanidade do feto”, como um argumento baseado puramente nas evidências biológicas de pertença à espécie. Ainda, não se está declarando que o aborto é contrário à uma espécie de felicidade sensorial subjetiva da mulher que aborta. Ao contrário, é a **natureza própria do Direito – a justiça e a ordem -, unida à natureza humana que lhe dá origem (que busca, em suas atividades, a felicidade)** que pugna a legalização desta prática, ainda mais quando amparada por conceitos como “o direito à privacidade e à dignidade”.

Nos dizeres de André Gonçalves Fernandes, temos que:

A justiça é a virtude da ordem justa e com finalidade social, quer dizer, embora seja uma virtude pessoal, seu objetivo direto é a correta relação de cada pessoa com o seu, em suma, a objetividade da ordem justa. A virtude da justiça deve ser julgada não pela perfeição que alcance no interior do sujeito, mas pela perfeição com que se estabelece na relação jurídica com o outro. Dado que a justiça consiste na virtude de dar a cada um o que é seu, é óbvio que tem a alteridade como atributo, isto é, ser virtude de uma relação social. Significa que o reto ou o virtuoso decorre do equilíbrio entre dois ou mais sujeitos, ou seja, uma harmonia determinada pela proporção das pessoas em relação a uma coisa: que seja dado justamente o direito do outro.

Deste modo, se a justiça regula a relação entre duas pessoas, é evidente que esta exige que, no caso do aborto, em sendo o feto uma **pessoa** – já que o **status de personalidade não é subjetivo, ou seja, não reside no meu reconhecimento do outro como pessoa, mas na objetividade de sua natureza** – exista uma proibição estatal da interrupção da vida humana, justamente pelo direito que todo ser humano possui de **nascer**.

Em assim sendo, devemos reconhecer, inequivocamente, a verdade nestas palavras de Aristóteles:

Está claro que precisamos obter conhecimento das causas primeiras porque é quando pensamos compreender sua causa primeira que reivindicamos conhecer cada coisa particular.²⁷

Se o Direito tem como causa a busca humana pelo Bem na organização de uma sociedade justa e ordenada, assim como a resolução dos conflitos humanos – a paz, portanto, sendo um bem –, e estando a causa primeira do Direito intimamente ligada ao desejo humano de Bem, qualquer norma, integração ou decisão que contrarie estas realidades está fadada a destruir aquilo que há de humano, justo, ordenado e belo na ciência do Direito.

Por tais razões é que se diz que, em havendo a aplicação da reta razão à realidade das vida humana, é inviável dizer que o aborto não contrarie a sua própria natureza e das suas atividades. É evidente que, sob qualquer aspecto, o ser humano possui certas capacidades que lhe concedem direitos positivos, quais sejam: a autodeterminação, a liberdade de desenvolver-se moralmente, a capacidade de prosperar patrimonialmente, o direito à uma vida sã, sadia e feliz e tantas outras.

Em assim sendo, se todos possuem tais capacidades, como se poderia dizer que o aborto figura entre elas? Explico: se o aborto é a interrupção de uma vida humana, e a vida humana já existe com tais capacidades (a se desenvolverem, é evidente), como se poderia dizer que o Direito poderia tutelar uma atitude que tolhe todas estas capacidades naturalmente humanas?

Poderia ser contraposto o argumento de que, em muitas situações humanas, as mazelas sociais tolhem tais capacidades de desenvolver-se sadiamente em direção à busca do Bem. Todavia, para um aspecto de análise filosófico-racional, tal fator pouco importa: as mazelas sociais e mentais à que muitos estão expostos não lhes tolhe a capacidade de realizar tais coisas, mas dificulta sua concretização no mundo real. Todavia, maiores ou menores desafios não diminuem a dignidade intrínseca que tais capacidades trazem, e muito menos podem tolher ou diminuir a qualidade que está no fato de ser apenas membro da espécie humana.

Ora, se o Direito é instituto propriamente humano – que brota da razão humana e de sua organização –, deve sempre buscar atingir aquele sumo bem que

²⁷ ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 1986. p. 49.

está acima dele. É evidente que, em se tratando de uma atividade humana, o Direito está dentro de um “sistema natural” de busca pela felicidade humana. Todavia, tal felicidade não é subjetiva ou mesmo relativista, ainda que cada ser humano, em dado momento da vida, possa fazer as escolhas que lhe compete fazer.

O aborto, ao contrário, figura como uma destas escolhas contrárias à razão ou, em palavras mais simplórias, gravemente errada. As diversas argumentações emotivas usadas em sua defesa tendem a inverter a ordem moral normal para seu próprio favor, colocando mulheres como vítimas de uma situação opressora. Ressalto que não estou a defender que todo “feminismo” é vitimista. Ao contrário, as narrativas militantes criadas pelos seus defensores é que o são.

Pode-se concluir, portanto, que o aborto é **antinatural**, porque contrário à natureza humana de gerar vida e exercer suas capacidades de acordo com a reta razão e **antijurídico**, porque o Direito, como todas as atividades humanas, está ligado à busca humana pelo Bem, e está subordinado à ela.

Então, salta aos olhos que o aborto seja gravemente contrário à ordem jurídica justa. A felicidade, para Aristóteles, está justamente em viver uma vida virtuosa, conceito que está ligado intrinsecamente à vida justa. Se a justiça é uma virtude da qual as atividades humanas geralmente dependem para serem virtuosas, mais ainda o Direito dela depende. E a justiça, como visto, é largamente aceita como “dar a cada um o que é seu por direito”. Neste caso, deve-se dar às mulheres grávidas todo o acompanhamento e o apoio de que precisam para tomar decisões para si e seus filhos, voluntariamente gerados ou não. Aos homens nesta relação, recai toda a responsabilidade legal e moral de proverem e protegerem os seus. Aos recém-gerados, o direito de nascer, para poderem ver a luz do dia e exercer as capacidades propriamente humanas que já possuem em seu próprio **ser**.

Percebemos claramente que os direitos acima limitam-se entre eles: os homens genitores tem obrigações e deveres atinentes à sua função nesta relação humana de reprodução. As mulheres também. Aos seres humanos recém gerados, como ainda não podem ter as obrigações atinentes à sua existência plena – como também não o podem as crianças nascidas –, resta serem protegidos e guardados

pelo ordenamento, tendo em vista o bem, a justiça e a felicidade humanas que o Direito tem a nobre atividade de proteger e guardar.

CONCLUSÃO

O aborto é a interrupção de uma gravidez que ocorreu por alguma razão indesejada, gerado pela intervenção medicamentosa ou física para a destruição e expulsão do embrião ou feto presentes no útero. Analisando a referida descrição do ato abortivo, vemos a sua complexa ramificação. Abortar é um ato humano complexo e jamais simplório, porque envolve ações, sentimentos e reflexões da consciência que são pessoais e intransferíveis da mulher – ou do casal – que decide por essa alternativa.

Enquanto interrupção de uma gravidez, vimos nos tomos anteriores que o aborto é necessariamente a interrupção do desenvolvimento natural de uma vida humana. A reprodução humana se dá pela fecundação de um óvulo saudável e, tornando-se um novo organismo humano, desenvolve-se até que esteja pronto a sair do útero materno e **nascer**. No entendimento deste trabalho, o **ser** está ligado à natureza própria da coisa que é, e, nesta seara, o embrião **é** plenamente membro da espécie humana, ainda que não carregue as características acidentais que supostamente o faria reconhecido como pessoa.

Ainda, em sendo um ato humano – nenhum processo é interrompido sem uma intervenção que o faça parar –, o aborto tem sobre si uma análise de moralidade. Enquanto seres humanos – e o que nos distingue é a inteligência e a vontade, como vimos no primeiro capítulo –, nossas ações tem um caráter inato de certo e errado, de mal e bom. Todas as ações humanas, como vimos, buscam o Bem. Todavia, buscar o bem por meios maus é, ao fim e ao cabo, substituir o Bem buscado pelo Mal gerado.

Enquanto ato humano que envolve a participação de diversos setores de uma sociedade organizada – farmacêutico, saúde pública, profissionais de saúde e etc. -, o aborto é justamente objeto de uma **norma** que o proíbe, em razão de suas sérias consequências à razão e à ordem natural. Enquanto **interrupção de uma vida humana que se desenvolve**, o aborto é tipificado no tomo referente aos crimes contra a vida, e a razão de lá estar é evidente.

Muitos dos homens e mulheres que defendem a descriminalização da prática abortiva argumentam pela dignidade da pessoa humana *mulher*, que possa garantir à

ela os direitos de autodeterminação e autonomia, privacidade e **pluralismo razoável**, nos termos da inicial que analisamos.

Ora, vemos claramente que o aborto pode até ser defendido pela lógica da razoabilidade, mas jamais pela defesa da dignidade; é a própria dignidade e o valor intrínseco que possui o humano que amparam qualquer tentativa legal de subjugar qualquer ser humano que passeie sobre a terra. Apelar para a dignidade e a autonomia de um ser humano sobre outro seria, ao contrário, apoiar a autonomia de outros seres humanos sobre si, ou de um ente erigido por seres humanos sobre os individuais (Estado x indivíduo). É, ao fim e ao cabo, uma proteção à dignidade humana a criminalização do aborto.

Não se tratou, neste trabalho, sobre os números estatísticos dados pela mídia. Não foram usados porque são inúteis à reflexão que se fez. Baseando-se em questões de reflexão teórica aplicadas à realidade prática, o dano causado por clínicas de aborto clandestinas não é argumentativa razoável para a liberalização da prática abortiva. Afinal, o dano causado é **evitável**. Não pela legalização da prática, o que seria apenas um caminho mais curto, mas pela fiscalização e conscientização do homem moderno sobre as **consequências naturais de uma sexualidade ativa**. O sexo é, naturalmente, atividade reprodutiva, ainda que se coloquem barreiras à essa consequência.

Pode-se argumentar pelas mulheres vítimas de estupro. É compreensível dizer que estariam amparadas pela inexigibilidade de conduta diversa. Todavia, a pergunta que deve ser feita quanto à este ponto pode parecer fria, mas é altamente necessária: o sofrimento psicológico dá margem à interrupção de uma vida humana? Ainda que seja severamente intenso? Não se trata de uma pergunta abusiva, mas de uma pergunta racional: ainda que o sofrimento seja imenso, isto seria razoável, na perspectiva de uma hierarquia de valores?

Ademais, o presente trabalho pode gerar mais dúvidas a serem desenvolvidas e respondidas do que respostas à serem tabeladas. O mundo moderno é tão plural que a irrazoabilidade tornou-se direito e o Estado e o homem buscam dobrar à realidade natural para caber em seus caprichos. Deste modo, a gravidez, que sempre

foi a consequência de um ato humano natural, tornou-se um **direito**, que se pode ou não exercer, ainda que já tenha acontecido.

As capacidades humanas não são um direito, mas meras capacidades enquanto tais. Ainda que uma mulher possa escolher não ser mãe – e isto é plenamente autônomo –, nenhuma pessoa em sã consciência poderia declarar que uma mulher poderia tornar-se homem. Pode escolher ser tratada como homem, comportar-se como homem e ser socialmente vista como homem – e exigir respeito à sua escolha –, mas jamais seria um.

Deste modo, a realidade de que a reprodução humana acontece de forma natural não pode ser dobrada. **Isto não ocorre por uma perspectiva moral imutável, mas por uma exigência do ser da realidade.** Uma mulher que aborta – com amparo estatal -, gera danos para si, para outrem, e para toda uma série de princípios que regem o próprio *status* de ser humano que ela tomou para si mesma. Se eu é que decido quem é humano e quem não o é, o outro (o indivíduo ou o Estado) tem a mesma prerrogativa para si. É o princípio da equidade.

Como dissemos nos tomos anteriores, se o *status de humano* é perspectiva puramente pessoal minha sobre o outro, ou do Estado e da Lei sobre o outro, qualquer coisa pode ser teorizada e criada pela jurisprudência e pelo ente legislador, porque não há limites à razão. Se o único limite da razão é a sua própria inventividade para criar conceitos e classificações, a razão não possui qualquer limite a não ser a sua própria capacidade de criar palavras.

Deste modo, retomar os princípios primeiros da reflexão moral e jurídica do ato humano que busca o Bem é primordial para retomarmos não só a beleza e a ordem da vida comum, mas a própria humanidade do Direito. É, ao fim e ao cabo, uma luta dos homens por sua própria humanidade, conceito que foi integrado, como tantos outros, ao rol de coisas tipificadas e conceituadas pelo Estado, e não pela mão opressora da realidade. O mundo, o Direito e a norma ganham, portanto, ares de inexistência e desumanidade.

Por essa razão, é correta a sentença primeira deste trabalho. A legalização do aborto é o declínio da norma porque, enquanto tal, uma norma emana do que é

profundamente humano (a busca do bem) e, fora disto, torna-se tão destruída que vira uma tirana.

Enquanto homens, somos profundamente atraídos pelo Bem. E o Bem, enquanto objeto tão diverso e expandido, tem no Direito sua roupagem de justiça: dar a cada um o que é seu por direito: às pessoas, a vida. À realidade, sua dominância. À natureza e ao Ser de cada coisa, o reconhecimento de sua imutabilidade. Assim, e só assim, buscaremos corretamente o bem que tão pessoalmente ansiamos.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Carolina J. Webster v. Serviços de Saúde Reprodutiva. 1989. A Enciclopédia do Projeto Embrião. Registro e contextualização da ciência dos embriões, desenvolvimento e reprodução. Disponível em: <<https://embryo.asu.edu/pages/webster-v-reproductive-health-services-1989>>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- AMARAL, Rafael Caiado. O aborto: perspectiva filosófico-constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.
- AQUINO, Tomas de. Santo. Suma contra os Gentios: vol. II: livros III e IV. Tradução de D. Odilão Moura O. S. B. Revisão de Luis A. De Boni. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. v. 4. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross In: Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1973.
- ARISTÓTELES. Metafísica. São Paulo: Createspace Independent Publishing Platform, 1986.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 30 mar. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- CINELATO, Silmara. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução Silvana Vieira. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ELDERS, Leo J. S.V.D. A Natureza como base das ações morais. Disponível em: <<https://contraosacademicos.com.br/a-natureza-como-base-das-acoes-morais/>>. Acesso em: 02 fev. 2020.
- FERNANDES, André Gonçalves. Livre para Nascer: o aborto e a lei do embrião humano. 1 ed. São Paulo: Vide Editorial, 2018.
- SANTOS, Mário Ferreira dos. Aristóteles e as mutações. São Paulo. LOGOS. 1955.
- FORTE, David F. Da interrupção da gravidez ao extermínio: o genocídio internacional da Síndrome de Down. Fonte:

<<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/da-interruptao-da-gravidez-ao-extermio-o-genocidio-internacional-da-sindrome-de-down-1qx5by8nzx4ioav9mrpxtvorq/>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

GANDRA MARTINS, Ives; MARTINS, Roberto Vidal. A questão do aborto. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

HABERMAS, Jürgen, O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HART, H. L. A. O Conceito do Direito. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HERVADA, Javier. Lições propedêuticas de filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MAZZA, George. O que você precisa saber sobre o aborto. São Paulo: Ecclesiae, 2019.

PASCHOAL, Janaína da Conceição. Direito de Nascer. Disponível em: <<https://conexaopolitica.com.br/ultimas/aquele-ser-humano-tem-direito-a-nascer-diz-janaina-sobre-descriminalizacao-do-aborto/>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

RAZZO, Francisco. Contra o Aborto. 2 ed. São Paulo: Record, 2018.

REALE, M. Filosofia do Direito. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Mário Ferreira dos. Aristóteles e as mutações. São Paulo. LOGOS. 1955.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. O aborto e sua antijuricidade: uma teoria que transforma e redefine o Código Penal, nos crimes contra a Pessoa, subclasse dos Crimes contra a Vida. São Paulo. LEJUS. 1997.

STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF 442. Petição Inicial. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 30 mar. 2020.