



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DANILO NÓBREGA DE SIQUEIRA

**A PONDERAÇÃO COMO METAPRINCÍPIO NA
RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

**Equilíbrio normativo no tratamento jurídico da questão socialmente
controversa do aborto**

Campina Grande – PB

2016

DANILO NÓBREGA DE SIQUEIRA

A PONDERAÇÃO COMO METAPRINCÍPIO NA RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

**Equilíbrio normativo no tratamento jurídico da questão socialmente controversa do
aborto**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Costa Ferreira.

Campina Grande – PB

2016

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S618p Siqueira, Danilo Nóbrega de.
A ponderação como metaprincípio na racionalização do
Direito [manuscrito] : equilíbrio normativo no tratamento jurídico
da questão socialmente controversa do aborto / Danilo Nóbrega de
Siqueira. - 2016.
34 p. : il. color.

Digitado.
Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Estadual
da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.
"Orientação: Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira, Departamento
de Direito Privado".

1. Aborto. 2. Direitos sociais. 3. Ponderação. 4. Sistema
Jurídico. I. Título.

21. ed. CDD 363.46

DANILO NÓBREGA DE SIQUEIRA

**A PONDERAÇÃO COMO METAPRINCÍPIO NA RACIONALIZAÇÃO DO
DIREITO.
Equilíbrio normativo no tratamento jurídico da questão socialmente controversa do
aborto.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

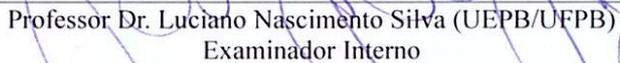
Aprovado em Junho de 2016.



Professor Dr. Rodrigo Costa Ferreira (UEPB/UFRN)
Orientador



Professora Ms. Fernanda Isabela Oliveira Freitas (FACISA)
Examinadora Externa



Professor Dr. Luciano Nascimento Silva (UEPB/UFPB)
Examinador Interno

A PONDERAÇÃO COMO METAPRINCÍPIO NA RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Equilíbrio normativo no tratamento jurídico da questão socialmente controversa do aborto.

SIQUEIRA, Danilo Nóbrega de¹.

RESUMO

O homem é um ser racional que tem no seu intelecto a diferenciação para as demais espécies. Enquanto vivente em sociedade e dotado de razão, ele termina por buscar os melhores caminhos que permitam coordenar suas ações para a satisfação de seus desejos. Da mesma forma, a sociedade utiliza a comunicação do direito entre seus membros para seguir num caminho de busca do bem comum. Nesta perspectiva do direito nascido com a vida em sociedade, funcionando como uma linguagem de comandos, ele passa a se configurar em elemento essencial para indicar os caminhos mais adequados a seguir. O homem em sociedade deve também no direito buscar os melhores métodos na tentativa de formar melhores crenças, ou verdades provisórias que trabalhem de acordo com os mecanismos lógicos de sua essência racional. Assim, emerge a necessidade de equilíbrio quando nos deparamos com situações de controvérsia social, baseada em um universo de conceitos abstratos. Mas o equilíbrio que pode direcionar a melhor resposta é um mecanismo de reflexão racional que gradua a importância de cada elemento, em um processo de ponderação. Assim, não deve ser diferente para a questão da legalização ou criminalização da interrupção da gravidez. Achando-se o balanceamento adequado, a questão pode ser respondida à luz da melhor verdade científica que temos. Portanto, reconhecendo as fases da gestação relacionadas à vida que se inicia, questão central para o problema, e usando enlaces lógicos, é possível criar uma escala ponderada a ser adotada pela lei.

PALAVRAS-CHAVE: Razão; Direitos; Ponderação; Sistema Jurídico.

1 . Graduando em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, UEPB. Médico, graduado pela Universidade Federal de Campina Grande, 2005. Contato pelo correio eletrônico: dr.danilo@gmail.com

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	01
2. A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E O HOMEM.....	02
3. DO SER RACIONAL E DO AGIR HUMANO.....	05
4. EM BUSCA DE UMA VERDADE.....	08
5. A PONDERAÇÃO COMO METAPRINCÍPIO.....	11
6. ABORTO, IDEIAS SEM LASTRO E PONDERAÇÃO.....	14
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	24
8. ABSTRACT.....	26
9. REFERÊNCIAS.....	27

1. INTRODUÇÃO

Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus. O antigo brocardo de Ulpiano², com o qual o acadêmico de direito comumente se deslumbra ao início de sua jornada, apresenta uma noção franca e objetiva da relação do homem, e, logo, da sociedade com o direito. Exprime, em uma simplicidade impecável, sem necessidade de delongas argumentativas, que a mera existência humana resulta na existência do direito. O direito surgiria do homem, nascendo no seio do seu convívio, visando a organização da sociedade, o seu convívio pacífico e a consecução de justiça.

Admitindo a pertinência do brocardo de Ulpiano, podemos complementar o seu significado e explorar sua profundidade ao deduzir, objetivamente, que, se o direito é inerente ao ser humano, aquilo que diferencia o ser humano como tal, e, portanto, define-o, manterá necessariamente íntima relação com o direito.

Em outras palavras: se o direito nasce do e no próprio ser humano, é possível admitirmos conceitos de direito relacionados a algumas características essenciais do ser humano: uma delas, certamente, é o intelecto. Inicialmente e sem maior aprofundamento, bem definiria um aluno primário que o ser humano difere dos demais seres vivos pela sua capacidade intelectual, ou, em outras palavras, pelo uso da razão. Esta capacidade de refletir, pensar e deduzir, que nos humaniza não só por elencar as atribuições daquilo que é humano, como exposto, mas por nos melhorar em atitudes, deve estar, portanto, também presente no sentido ontológico do direito. Desta forma, soa inadequada qualquer tentativa de dissociação entre direito e razão.

Sendo o ser humano um agente racional, que articula suas crenças, ou seja, aquilo que no seu universo intelectual ele tem por verdadeiro, com seus desejos, isto é, os impulsos de vontade daquilo que ele aspira concretizar, tanto no plano natural, desejos afeitos a necessidades físicas, quanto no plano cultural, desejos afeitos a expectativas sociais, é certo que ele necessita, além da razão, de meios para o atingimento de fins adequados. Este caminho, o método, também necessita se traduzir numa ferramenta eficiente de linguagem para dar efetividade ao seu desiderato.

2 . Ulpiano foi um destacado jurista romano que influenciou fundamentalmente a formação do direito na Roma Antiga e, conseqüentemente, a evolução do sistema de Direito Romano Germânico, sistema jurídico onde se inserem quase toda a Europa e a América Latina, incluindo, por óbvio, o Brasil. O brocardo exposto costuma ser livremente traduzido como: “*Onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito*”. Para mais detalhes: Ulpianus (1982).

Esta necessidade de uma linguagem no universo de ideias é o elemento a embasar a arquitetura de conceitos que garantem a capacidade de raciocínio e, portanto, de conhecimento. Desta forma, articulando as crenças e desejos, através de uma linguagem inteligível, o agente realiza um verdadeiro cálculo mental que garante aferir os elementos em análise em prol de um resultado mais equilibrado.

Para o direito esse cálculo também deve existir, e aqui o admitimos como ponderação, não sendo este um princípio abstrato reservado ao momento da decisão judicial, a ponderação deve irrigar todo o direito a partir do entendimento que este é uma linguagem na tentativa de satisfazer o desejo de justiça. Desta forma, há de se identificar os elementos racionais que revestem o direito desde as suas fontes, para que a lei não se transfigure em exigência irrazoável aos olhos da sociedade. Assim, legislações que embalam controvérsias sociais em todo o mundo, como a do aborto, podem ser analisados mediante mecanismos concretos de ponderação, objetivando retirar a discussão do campo das crenças infundadas. É o que passaremos a fazer, analisando a evolução da gestação e a formação do que se entende por nova vida, analisando o peso gradual de cada período e o seu respectivo tratamento.

2. A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E O HOMEM

De fato, parece certo que não há, na história da humanidade, período ou local de completa ausência do direito, nas diversas sociedades existentes ao longo do tempo. Sempre houve, no mínimo, a aplicação de um direito consuetudinário, um elenco mínimo de costumes médios, que se tornavam obrigatórios, assim que o ser humano definiu seu conjunto de aspectos coletivos, peculiares ao seu comportamento perante a vida comunitária, com delimitação de deveres para a manutenção do grupo.

Essa evolução, que transpassa pela necessidade de entendimento entre os indivíduos e assim gera a comunicação, finda por formar novas definições, dando forma ao que aquilo que passava a ter significado. Surgem, assim, conceitos abstratos diversos, como poder, família, entre outros, atingindo, para evolucionistas sociais³, o estágio atual do homem: a civilização.

3 .Pode-se chamar evolucionismo biológico a teoria que explica as alterações dos organismos vivos por meio da seleção natural ao longo do tempo, relacionadas com o meio ambiente que habitam, tendo como principal formulador o cientista inglês Charles Robert Darwin (1809-1882), autor da obra “A Origem das Espécies” publicada em 1859. Analogicamente, por evolucionismo social entende-se a teoria antropológica de desenvolvimento social definindo que as sociedades de seres humanos evoluem ao longo do tempo, de um estado primitivo para um mais civilizado, numa adaptação do evolucionismo biológico a tais sociedades

Se há no homem uma força moral de ordem racional intrínseca que coordena as suas ações individuais, é possível afirmar, em termos mais amplos, que deva existir também uma manifestação racional essencial para amenizar as relações intersubjetivas, propondo um ambiente de bem-estar: este é o direito. Ele tem sido, até então, intrínseco e essencial à existência da sociedade, resultando da derivação externa daquela ordem racional, uma força organizacional interindividual do homem, visando a sua coexistência em prol do bem comum. Nisto, o nascimento da civilização concorre com o nascimento do direito de maneira inexorável, demonstrando cabalmente uma complementação necessária de conceitos.

Mas, antes de prosseguir, usemos minimamente tentar responder qual o conceito de direito necessário ao nosso estudo. Ao lado do velho brocardo citado, tal pergunta (que na verdade é retórica, por buscar a reflexão no próprio indivíduo a quem se dirige) costuma ter sua resposta permanentemente modificada, casualmente adaptada e, desta forma, perenemente construída ao longo da formação jurídica, perfazendo caminhos muitas vezes tão díspares que resulta na real polissemia do termo direito na atualidade.

Pela natureza também imaterial do direito, de fato definido pelo homem e para o homem, é certamente inesgotável a busca do seu conceito. Mas é necessário buscar uma resposta imediata para dar continuidade ao que se pretende demonstrar. Cumpre inicialmente destacar que direito se confunde com justiça e é por vezes chamado de ciência jurídica, numa intencional confusão desta com o seu objeto. Kelsen (1998), tido por fundador do positivismo jurídico analítico⁴ na sua obra “Teoria Pura do Direito”, busca alcançar critérios objetivos e mais rígidos para alavancar uma definição exata do direito como:

– uma ordem de conduta humana:

Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como 'Direito', resulta logo que todos eles se apresentam como ordens e conduta humana. Uma “ordem” e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada

humanas, relacionando a adaptação biológica do ser naquela teoria ao nível de desenvolvimento da sociedade estudada nesta teoria.

4 . Na teoria do direito, Positivismo jurídico ou juspositivismo é entendido como o estudo do direito nas normas definitivamente postas pela autoridade estatal, legitimada pela sociedade. Hans Kelsen, tido por fundador do positivismo jurídico, na sua obra de título absolutamente sugestivo, “Teoria Pura do Direito”, separa do sistema normativo outras entidades ontológicas como a moral, a ética ou a política, trazendo à luz um direito prático, único e mutável, em oposição às teorias de direito natural.

ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem. (KELSEN, 1998, p. 21-22).

– uma coação legitimada:

O ato de coação normado pela ordem jurídica pode (...) ser referido à unidade da ordem jurídica, ser atribuído à comunidade jurídica constituída pela mesma ordem jurídica, ser explicado como reação da comunidade jurídica contra uma situação de fato considerada socialmente nociva e, quando esta situação de fato é uma determinada conduta humana, como sanção. Dizer que o Direito é uma ordem coativa significa que as suas normas estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica. (KELSEN, 1998, p.23).

Observa-se que Kelsen (1998) não abandona o conceito de Ulpiano já exposto, uma vez que o apresenta como ordem voltada à conduta do ser humano em grupo (logo, onde está o homem está a sociedade) e que tem a sua aplicação legitimada por um ente jurídico-social⁵, o Estado, no caso (logo, onde está a sociedade está o direito). Mais adiante em sua obra clássica, Kelsen encerra que “ao definir o Direito como norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitamo-lo em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural” (KELSEN, 1998, p.42). Há, portanto, em Kelsen (1998), uma delimitação de direito sistematizado como um conjunto de regras vigentes em uma sociedade.

Em caminho semelhante a Kelsen (1998), Hart (2009), busca construir o entendimento das ciências jurídicas, na sua obra “O Conceito de Direito”, que apesar do título aparentemente pretensioso, o mesmo de maneira prudente admite que não visa esgotar todo o conceito daquilo que é o direito, uma vez que afirma categoricamente que seu objetivo é diverso e “busca fornecer uma descrição explicativa e elucidativa do direito como instituição social e política complexa dotada de um aspecto regulatório (e, nesse sentido, normativo)” (HART, 2009, p.309).

Hart (2009), brilhantemente trabalhando a ontologia da ciência jurídica por problematizar o entendimento do termo “direito”, primariamente admite, em mesmo sentido da coação kelseniana, que “a mais marcante característica geral do direito em todos os tempos e lugares é que sua existência significa que certos tipos de comportamento humano já não são opcionais, mas, em certo sentido, obrigatórios” (HART, 2009, p.08), e, também aferindo

5 . Para Kelsen é “ a ordem jurídica que, taxativamente, determina as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar. Dado que o indivíduo a quem a ordem jurídica atribui poder para aplicar a coação pode ser considerado como órgão da ordem jurídica, ou - o que é o mesmo - da comunidade constituída pela ordem jurídica, pode a execução de atos de coerção, realizada por este indivíduo, ser imputada à comunidade constituída pela ordem jurídica. Neste sentido, pois, estamos perante um monopólio da coação por parte da comunidade jurídica.” (KELSEN, 1998, p. 26)

similitudes conceituais entre direito e sistema jurídico, começa a dar os seus contornos de entendimento do que é direito simplificando-o como “um sistema jurídico composto por normas” (HART, 2009, p.10), suficiente para uma primeira assimilação do termo que será desenvolvido ao longo da sua obra.

Mas é necessário trazer um novo elemento que intermedeia o direito. Luhmann (1983), em concepção socialmente elaborada, admitindo, todavia, que a completa definição de direito levaria a perda do seu próprio sentido, aduz um sistema jurídico de normas, porém absolutamente dinâmico, como a complexa sociedade contemporânea, trazendo à tona o elemento da comunicação, deduzindo que o direito é também sistema autônomo de normas independente do sistema social mas que busca manter a estabilidade de expectativas através do comando (comunicação) pelas normas jurídicas, existindo independentemente da eventual violação (e, portanto, da existência da sanção).

Assim, Luhmann (1983) admite que o direito seria transformado em comunicação, funcionando como regulador para a sociedade ao tratar situações imprevistas de transtorno, permanecendo, em aparente contradição mesmo enquanto ele não seja acionado, mas estando atento à realidade. Para nós, é também imprescindível a compreensão do direito como comunicação, uma vez que ele só passa a ser reconhecido quando é admitido como uma linguagem necessária à organização social.

Para nossa digressão até aqui, parece suficiente que o direito seja simplificado como um sistema de normas, um ordenamento jurídico, formando uma linguagem que estabeleça comandos suficientes para sensibilizar e equilibrar a sociedade. Como haveremos de explicitar, é ainda algo inseparável da razão, também elementar ao ser humano, e deve ser necessariamente permeado por princípios integrativos.

3. DO SER RACIONAL E DO AGIR HUMANO

Desde o pensamento de Aristóteles, anterior a Ulpiano, identifica-se a relação entre o homem e o direito. Não é de se estranhar tal fato, uma vez que boa parte da cultura da Roma Antiga, tida por mãe da escola do direito romano-germânico, apresenta origens na filosofia grega, não sendo diferente, portanto, para as origens conceituais do direito. Como para Aristóteles o homem, é por natureza, um animal social, podemos aduzir que o cidadão é parte

de um todo e apenas como integrante da *pólis* (cidade, ou, em sentido ampliado, da sociedade) há de se conceber como tal (ARISTÓTELES, 1985, p.10).

Adiante, Aristóteles previa uma hierarquia intelectual relacionada com o exercício do poder, seja entre animais em relação ao homem e entre os homens em sociedade concluindo que mandar e obedecer são condições não somente inevitáveis na sociedade. Podemos aferir que se definem assim direitos e deveres (relacionados indiretamente ao poder de mandar e a obedecer, respectivamente), justificados também no intelecto e na razão, criando o que Aristóteles chamou de cidadão integral, aquele que teria o direito de administrar a justiça e exercer funções públicas

Para tanto, Aristóteles traçou conceitos de razão. Ao afirmar que o que nos distingue como seres racionais é a capacidade de conhecer, sendo o conhecimento a capacidade de perceber através dos sentidos e entender as coisas no que elas tem de essencial, a razão seria o nosso próprio intelecto, onde se produzem as ideias, constituindo a nossa alma diferenciada, que nos difere dos seres animados irracionais pela existência deste “*princípio inteligível estruturado ao corpo*” (PICHLER, 2008, p. 4). A razão é vista como a virtude que através do pensamento cria um mecanismo para a organização dos objetos conforme determinados critérios.

Pichler (2008), no mesmo sentido, aduz que Tomás de Aquino vê a mesma graduação nos seres vivos, sendo a mente divina o ápice de inteligência e Deus a razão da vida. Com relação a esta temática, Somente o homem, imagem de Deus, tem a função intelectual. Assim, podemos aduzir que se esboça em Aristóteles e Tomás de Aquino tudo aquilo que já se afirmou acima: a razão, que pode ser entendida como a alma, a mente ou o intelecto (PICHLER, 2008, p. 8) possui íntima relação com o ser humano.

Mas ninguém sintetizou tanto e tão bem a relação entre homem e razão quanto René Descartes⁶. Certamente um dos principais nomes do racionalismo na Idade Moderna, o filósofo e matemático inaugura o que alguns autores chamam de Revolução Científica. Foi Descartes quem estabeleceu um caminho, o método, como elemento fundamental do que na atualidade se chama de ciência. É através do ceticismo metodológico, ou seja, através da dúvida que algo pode realmente ser provado. Seria a dúvida o primeiro passo do conhecimento. Ao duvidar da própria existência, firmou sua clássica citação autointuitiva “*Penso, logo existo (Ego cogito ergo sum)*” (DESCARTES, 1996, p.38).

6 . Descartes estabeleceu as bases da especulação filosófica, questionando o valor absoluto da observação direta e imediata, pelo risco do autoengano dos sentidos, quando desacompanhados da razão.

Para Descartes (1996), resta evidente que a existência intelectual é suficiente para firmar a existência humana como tal. Não são necessárias outras elucubrações para o entendimento da razão que queremos transmitir, uma vez que não tentaremos esgotar, nesse breve estudo, significados complexos das entidades intelectuais e de inteligência bem como da razão e destes conceitos relacionados. Não custa reforçar que se o direito acompanha o homem e o homem nasce da razão, a razão deve certamente permear o direito.

Nossa existência é por nós mesmos entendida e fixada, desde a mais tenra idade, como o início da nossa consciência vinculada à capacidade de reconhecer o mundo e se reconhecer, de pensar, refletir e idealizar. A razão, como base do pensamento e, portanto, da mente e espírito, é inerente à condição humana e, ao passo que torna complexa a existência social e cria sistemas de convivência, também nos simplifica a autodefinição e a apreensão de conceitos. Somos o que agimos, agimos o que pensamos, pensamos o que somos.

Sobre o nosso agir com a razão, Elster (1997, p.13) refere agente racional como aquele que, ponderando as informações disponíveis, seus desejos e crenças, finda por realizar uma escolha racional do mecanismo de ação mais otimizado, capaz de satisfazer seus desejos e, reforce-se, em respeito às suas próprias convicções previamente estabelecidas.

De acordo com Ferreira (2014) o homem é, assim, um agente racional, que através daquilo que sente e absorve, moldado pelo que já havia anteriormente admitido por crença neste mesmo mecanismo de sentir e absorver, busca atingir melhores resultados na resolução de problemas, fugindo da incerteza em busca de uma verdade, ou, ao menos, de uma nova crença suficiente para um melhoramento provisório.

Mesmo constrangido a outros mecanismos menos eficientes de vontade instintiva, Ferreira (2014) estabelece que a razão é elemento capaz de modificar a atuação humana, necessária para aclarar pensamentos, constituir linguagem e reestabelecer uma ordem. Desta forma, o agente racional otimiza sua performance e maximiza sua escolha através das estratégias, desde que suficientemente esclarecido (informado), que mesmo tendo inclinações também previamente reguladas pelas suas crenças, finda por estabelecer uma escala de valores inteligível e mais eficiente. Frise-se aqui tanto o valor do esclarecimento, daí a necessidade da comunicação, em uma linguagem que aborde tanto o emissor quanto o interlocutor, quanto a graduação racional de uma escala de valores, que estabeleça múltiplas possibilidades ponderadas conforme sua importância.

Quando se eleva a razão individual ao convívio social, é inescapável a necessidade de racionalização do direito na otimização das prescrições de conduta. Tal aplicação deve apresentar, na medida do possível, conceitos claros, que determinem ao agente uma conduta naturalmente razoável, mesmo, reforce-se, não entendendo o direito como algo natural (na acepção do jusnaturalismo). E para este mister, deve-se atribuir mecanismos que afastem a dúvida e oportunizem resultados equilibrados e graduais, mais justos na medida da razão. É o que ainda se esclarecerá.

4. EM BUSCA DE UMA VERDADE

Voltemos ao racionalismo filosófico para alavancar novos conceitos. A principal obra de Descartes, de 1637, tem por tradução o título “*Discurso sobre o método para bem conduzir a razão na busca da verdade dentro da ciência*”, demonstrando uma face necessária da ciência e, assim, da busca da verdade. Como método entenda-se não só técnica, mas *caminho*, significado original do termo grego (*μέθοδος* ou *methodos*), os passos formais a seguir para se conhecer uma verdade.

Para a ciência, fundamentada nos ensinamentos de Descartes (1996, p.23), primeiramente algo não pode ser tido precipitadamente por verdadeiro, antes de se pô-lo em dúvida. Após a dúvida, parte-se para a fragmentação do problema, seguindo-se a ordenação do pensamento do mais simples ao mais complexo, tendo como quarto e último passo metodológico a revisão dos argumentos resultantes para validação de uma conclusão geral.

O método é o meio para um fim, no caso, a produção do conhecimento, ou minimamente de uma crença, com o uso da experimentação, ou seja, o método deve trazer o comportamento da observação sistemática e controlada, permeada pela razão graduada, também entendida como lógica. Para nós, os conceitos de lógica e razão são siameses. Queira nos dicionários, queira no senso comum, ou mesmo na literatura sobre o conhecimento, a lógica se refere à harmonia do raciocínio, na formação de uma razão válida e de argumentos finalísticos às relações de causa e consequência.

Nesse sentido, ambos os conceitos, razão e lógica, não se afastaram de suas origens. O *Logos* (em grego *λόγος*) pode ser descrito como “*palavra*”, “*discurso*” ou “*verbo*”, o que nos rerepresenta o conceito de Luhmann (1983) sobre a comunicação necessária aos conceitos, ou,

finalmente, como “razão”, aprofundada numa razão universal (ABBAGNANO, 2012, p.728). Mesmo não se permeando de verdade ou lógica, em absoluto, algumas religiões⁷ trouxeram conceitos semelhantes ao *Logos*, sendo deus uma razão universal que se confunde com o verbo, com a verdade e com a lógica da vida, na dicotomia palavra *versus* razão. Lógica, finalmente, é caminho material, já que se confunde com razão, que busca nos levar a uma verdade, ou ao mais próximo que se possa dela chegar.

Desta forma, lógica e método, material e formalmente, começam a forjar em conjunto um novo conceito necessário, aqui também brevemente apresentado pela natureza do presente estudo: o de ciência. Não é mera coincidência que biólogos, geólogos ou ainda psicólogos, podem ser entendidos como cientistas da vida, da terra ou da mente, respectivamente. Ciência pode ser tida como o mecanismo de obtenção de todo e qualquer conhecimento, bem como a sistematização de um saber, estando implícito que um conhecimento ou um saber também se traduzem como uma verdade.

A ciência visa sobrelevar a crença à segurança de uma verdade, através de leis naturais lógicas que deem resposta adequadas às dúvidas. Aqui já se pode reconhecer uma interface óbvia do direito com a ciência: a lei (destaque-se novamente que não devemos adotar direito como lei natural, afastando a pretensão de um direito séssil e dual, vinculado a um comando sobre-humano, típico do direito natural; o que aduzimos é a presença da lei como elemento da ciência, assim como no direito).

E não há como citar a ciência, a razão e a epistemologia esquecendo-se da filosofia de Karl Popper⁸. Sem se afastar dos ensinamentos iniciados por Descartes, também influenciado por Bertrand Russel⁹, Popper (1975) é tido por fundador do racionalismo crítico, uma vez que via no método da pura observação (que se induz em Aristóteles e Descartes) o nascimento de um problema (o qual chamou de problema da indução), onde, grosso modo, definia que a

7 . Bíblia Cristã, livro de João, 1:1 “*No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus.*”

8 . Popper foi um filósofo austríaco, posteriormente naturalizado britânico, que discorreu sobre a ciência, incluindo a falseabilidade ou falsificacionismo como diferenciação do que separa um evento científico de um não científico. É figura destacada na epistemologia, a qual chamava sua epistemologia evolucionista. Também discorreu sobre política e liberalismo democrático e é alçado entre os maiores filósofos do passado recente.

9 . Russell é um dos expoentes da filosofia analítica, defendendo o ceticismo e o logicismo, que, além de tentar reduzir a matemática à lógica (na obra *Principia Mathematica*), também examinava o conhecimento a partir das expressões verbais da linguagem utilizada, analisando a veracidade das várias expressões de uma sentença.

mera repetição observada não deveria caracterizar, *per si*, uma verdade, uma vez que uma única observação oposta será suficiente para sepultar aquela teoria.

A princípio, Popper (1975) entendia a própria ciência como uma verdade apenas provisória, uma vez que mesmo inúmeras repetições nunca serão suficientes para demonstrar a plena veracidade de uma teoria. Cabe ao investigador buscar elementos em experimentos para demonstrar a possível falsidade do fato investigado, sendo nisto, a seu ver, que reside a melhor conceituação do que é realmente a ciência.

A doutrina de Popper (1975) nos leva a conclusão de que mesmo não havendo uma “verdade absoluta” no campo científico, mas apenas teorias provisórias, sempre insuficientes para entender toda a realidade, estas teorias, enquanto não refutadas, são suficientes para uma visão pragmática¹⁰ daquilo que pode ser apreendido. Quanto mais uma teoria sobrevive ao falseamento do “tribunal da experiência” significa que mais próximo da exatidão ela estaria, uma vez que ainda não foi refutada, criando, portanto, uma gradação extremamente necessária de segurança racional na ciência, tornada uma realidade aberta a mudanças de posição, uma vez que afasta certo viés que pode vir no bojo de crenças inverídicas.

Destaque-se que Popper (1975) defendia a mesma natureza provisória e necessidade de abertura para revisão crítica permanente também para as teorias sociais e políticas, e, porque não, para o direito. Por fim, é de se acrescentar, mais uma vez, que a implicação de uma gradação racional na ciência e no direito caminhará prudentemente escolhendo os elementos mais firmes, atribuindo peso maior a estes, e refutando os argumentos sem base racional sustentável.

Essa necessidade de uma ordenação da inteligência em prol de um resultado de relativa certeza para a ciência também é definido por Reale (2002, p.81). Ele define que, tratando-se de ciências sociais, como o direito, a experimentação, em determinada escala impossível, deve ser preenchida pelo rigor do raciocínio lógico, e estes “*enlaces lógicos (...) se desenvolvem como juízos de valor*” (REALE, 2002, p.86), necessários à política legislativa sob a forma de “*lógica da persuasão*”.

Ciência, enfim, é mais que método e lógica a caminho de uma verdade, mesmo que uma verdade transitória suficiente para a resolução dos fenômenos estudados. Ela relaciona-se ainda com a necessidade de um sujeito, uma mente permeada de capacidade intelectual e, também, de convicções ou crenças estabelecidas, mas abertas a reciclagem. O

10 . Pragmática aqui, é adotada como a suficiência da linguagem e dos signos para que os intérpretes que os usam possam se comunicar com conceitos adequados. Para mais informações: Abbagnano (2012, p.916).

racionalismo tem a necessidade de operações mentais, em indivíduo capaz de argumentação lógica visando extrair conclusões, destacando a razão na busca da verdade. Tais mecanismos de reflexão, conjectura da realidade sequencialmente aperfeiçoada, em formulações permanentemente adequadas às melhores conclusões, caracterizam um elemento essencial do intelecto, constituindo o que podemos genericamente definir como ponderação, um sistema de pesos e valores, como passaremos brevemente a discutir.

5. A PONDERAÇÃO COMO METAPRINCÍPIO

Não pretendemos aqui esgotar a larga argumentação que enriquece a atual discussão do direito neoconstitucional¹¹ sobre a conceituação de princípios e sua diferenciação das regras. Mas partimos do entendimento conceitual de princípio como uma fonte que embasa uma elaboração. Para o direito, princípios podem ser entendidos como fundamentos para a busca do melhor significado da regra, sendo considerados também normas (normas princípios *versus* normas regras) de maior importância integrativa para o ordenamento jurídico, tanto na interpretação quanto na aplicação do mesmo. Os princípios fundamentam e preenchem a eventual lacuna existente no ordenamento jurídico e, já que atuam como fundamento e integração sofrem uma alta carga de reflexão valorativa do nosso intelecto.

Por seu turno, ainda em sentido lato, ponderação¹² pode ser entendida como o equilíbrio entre conceitos aparentemente opostos atingido pelo comportamento pensado, sendo sinônimo de bom senso, prudência (numa clara interlocução entre ponderação e razão). Ponderar é atribuir relevância àquilo que é realmente importante para os fins a que se almeja, com consideração cuidadosa dos pesos inerentes a cada atributo avaliado. Até na matemática, temos a ponderação quando é atribuído um valor maior ao elemento que possui maior relevância. Para o direito, podemos usar a ponderação como um mecanismo lógico racional de equilíbrio.

11 . “O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.”

(BARROSO, 2005, p. 15).

12. Do latim *ponderatio*. Não confundir com Princípio da Ponderação, definido mais à frente.

Nessa seara, os princípios terminam por balizar a interpretação racional e, portanto, ponderada, das normas, uma vez que eles apresentam uma valoração necessária, um teor axiológico nem sempre presente nas regras. Obviamente a aplicação do direito dependerá do significado muitas vezes diverso da linguagem empregada. Mas essa capacidade também polissêmica dos princípios não podem cursar como verdadeira panaceia dos males do direito, sob pena de perda do seu próprio objetivo. O melhor caminho que dá validade à interpretação dos princípios é necessariamente o do raciocínio lógico, portanto, imanente ao conceito de ponderação, que desta forma o sobleva a uma categoria transcendente.

Neste sentido de lógica necessária ao direito e, portanto, aos princípios, admite-se um cumprimento gradual, ponderado, na aplicação em casos concretos. Temos, portanto, uma razão que se orienta em níveis. Assim, Alexy define princípios como “*mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas*” (ALEXY, 2008, p. 90).

Reside na aplicação gradual dos princípios o elemento que até o momento tentamos trabalhar, a possibilidade da prescrição de conduta dentro de um elenco de alternativas disponíveis. É evidente que não se alcança um sistema normativo perfeito que por subsunção aborde a solução para todos os casos concretos, daí a necessidade de uma abertura na linguagem do direito para abarcar casos complexos de ausência ou contradição normativa de regras ou até casos socialmente sensíveis; a necessidade da existência de princípios se justifica por permitir a pretensão da correção, e isso se dá através da ponderação, ao nosso ver, um procedimento principiológico transcendente, ou um metaprincípio, assim tratado uma vez que deve funcionar permanentemente na regência dos outros princípios, guiando-lhes a aplicação e adequando-os aos casos concretos. Nas palavras de Alexy:

Os objetos de ponderação unicamente possíveis, porém, são princípios. Como a pretensão de correção necessariamente faz parte do direito, também a ponderação, exigida por ela, faz parte necessariamente do direito. Mas se as ponderações fazem parte necessariamente do direito, então também (o fazem) os objetos de ponderação. A pretensão de correção leva, portanto, a isto, que os princípios, que formam os fundamentos para as regras antigas, como também para as novas a serem criadas, devem ser incluídos no conceito de direito (ALEXY, 2008, p.38).

Já Ávila (2003), mesmo em aparente dissenso, aprofunda o defendido por Alexy para concluir que até as regras permitem uma atuação racional ponderada:

Com efeito, enquanto a doutrina, em geral, entende haver interpretação das regras e ponderação dos princípios, este trabalho critica essa separação, procurando demonstrar a capacidade de ponderação também das regras. Enquanto a doutrina sustenta que quando a hipótese de uma regra é preenchida sua consequência deve ser implementada, este estudo diferencia o fenômeno da incidência das regras de fenômeno da sua aplicabilidade, para demonstrar que a aptidão para a aplicação de uma regra depende da ponderação de outros fatores que vão além da mera verificação da ocorrência dos fatos previamente tipificados. Enquanto a doutrina sustenta que um dispositivo, por opção mutuamente excludente, é regra ou princípio, esta pesquisa defende alternativas inclusivas entre as espécies geradas, por vezes, de um mesmo e único dispositivo. Enquanto a doutrina refere-se à proporcionalidade e à razoabilidade ora como princípios ora como regras, este trabalho critica essas concepções e, aprofundando trabalho anterior, propõe uma nova categoria, denominada de categoria dos postulados normativos aplicados. Enquanto a doutrina iguala razoabilidade e proporcionalidade, este estudo critica esse modelo, explica por que ele não pode ser defendido. Enquanto a doutrina entende a razoabilidade como um topos sem estrutura nem fundamento normativo, esta investigação reconstrói decisões para atribuir-lhe dignidade dogmática. Enquanto a doutrina iguala a proibição de excesso e proporcionalidade em sentido estrito, este estudo as dissocia, explicando porque consubstanciam espécies distintas de controle argumentativo. Tudo isso da forma mais direta possível, e mediante a apresentação de exemplos da argumentação. Assim procedendo, são criadas condições para incorporar a justiça no debate jurídico, sem comprometimento da racionalidade argumentativa (ÁVILLA, 2003, p. 26- 27)

O ensinamento de Ávilla (2003) é importante pois eleva o Princípio da Ponderação, em conjunto, entre outros, com o da Razoabilidade e da Proporcionalidade, que também mantém relação com a razão e a lógica, à categoria de metanormas, chamando-as de postulados normativos. Cabe destacar que o autor trata detalhadamente da diferenciação formal e material de cada um destes princípios citados, tratando, grosso modo, a ponderação como método para atribuir peso aos elementos em análise; a razoabilidade tanto como congruência, quanto como equidade ou como equivalência, e a proporcionalidade como adequação entre meios e fins Ávilla (2003, p. 143).

Para nosso estudo, não nos cabe esmiuçar aqui, como na obra de Ávilla (2003, p 179) a real dimensão de cada princípio destacado, mas de reforçar sua conclusão de que essa diferenciação entre os princípios de base lógica ocorre “*para estruturar racionalmente sua aplicação*” (grifamos). Entendemos ser suficiente ter o comando ponderado e racional da norma frente a sociedade, ou seja, haver a orientação normativa suficientemente inteligível para a pacificação social e o alcance da justiça, importando clamar por essa razão seja qual for a afetação que venha a balizar o direito.

Deverá existir um caminho médio, equilibrado, que aproxime o ordenamento jurídico daquela verdade ao menos provisória, de base racional e suficiente para apresentar ao homem e a sociedade o seu comunicado de justiça. A busca metódica da melhor norma, regras ou princípios, e do equilíbrio da ponderação, afastando a mera opinião preconcebida e

impermeável à lógica da mente humana, parece-nos o caminho necessário para uma abordagem científica do direito, mesmo nas questões de grande inquietação social. Tratem-se de uma profundamente relacionada à filosofia do direito: a questão da criminalização do aborto.

Importante frisar, por fim, que a escolha deste tema não nos ocorre de maneira aleatória. Como tentaremos demonstrar, a temática normativa tanto acerca do aborto mantém no seu âmago uma questão filosófica central relacionada à vida e à mente, que deve definir a melhor abordagem e o método normativo adequado a serem adotados. Esta questão, que diz respeito ao intelecto, a mente humana, ocorre num momento distinto da sua origem e formação.

6. ABORTO, IDEIAS SEM LASTRO E PONDERAÇÃO

Aborto pode ser entendido como a interrupção natural ou provocada da gestação (ZUGAIB, 2012, p. 566 e p.1220). A discussão sobre o direito relativo ao aborto costuma ser inundada por números e argumentos, muitas vezes descabidos, na tentativa de sensibilizar a opinião do interlocutor. De um lado, com base em induções e até em mera opinião, cita-se que o número total de abortos clandestinos atingiria mais de um milhão ao ano e que centenas de milhares de mulheres morreriam anualmente vitimadas por abortamento em clínicas clandestinas no Brasil. Aliados aos números, surgem os argumentos da plena autonomia da gestante na decisão (“*Meu corpo, minhas regras*”) e de que a criminalização finda por aumentar a mortalidade (“*Não é um problema criminal, mas de saúde pública*”).

Tais elementos representam parte da base argumentativa dos que defendem a completa descriminalização do aborto no Brasil, para além das hipóteses já previstas, que ocorrem quando do risco de morte à gestante, em caso de gravidez resultante de estupro (Decreto-Lei 28/48/1940, Código Penal, Art. 128) e em caso de fetos anencefálicos (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54), prefazendo as três condições de aborto legal no Brasil. Haveria inclusive, no extremo, sob justificativa da ausência de informações mentais do neonato, a defesa do direito da mãe a interrupção da vida do filho até nos

primeiros momentos extrauterinos¹³. Argumento desvirtuado que já afastamos neste momento, pois é certo que o nascimento com vida é suficiente para definir o fim da gestação, não havendo pertinência na continuidade da discussão sobre o aborto, mas na verdade sobre eutanásia.

De outro lado, há aqueles que são peremptoriamente contra qualquer forma de aborto e defendem até a expansão da proteção ao embrião e ao feto¹⁴, visando proibir, desta forma, o abortamento nas situações legais já previstas na legislação. Assim, defendem que o aborto não deveria ser permitido, na verdade descriminalizado, mesmo nos casos de gestação resultante de estupro, já que o princípio de proteção à vida insculpido no Código Civil¹⁵ não diferenciaria se ela se inicia de uma concepção autorizada ou não, bem como defendem que a autorização para o aborto de anencéfalos seria uma aberração, pois abriria uma brecha para a eugenia, aqui entendida como a escolha dos “melhores genes” na criação de uma raça humana com características consideradas superiores.

Tal grupo chega a considerar o aborto em qualquer fase da gestação uma espécie de assassinato e aduz ainda que haveria um incremento no número de casos se houvesse total legalização, afirmando a necessidade de proteção integral à vida a partir da concepção. Também neste lado há, no excesso, quem defenda que mesmo métodos contraceptivos são uma forma de aborto, ideias geralmente vinculadas a religião.

Começamos pela análise dos argumentos apresentados na tentativa de justificar a irrestrita descriminalização do aborto. A princípio, é incontestável que a legalidade ou vedação de uma ação nem sempre é definida pela sua frequência de ocorrência. Logo, analisar o direito pertinente ao ato sob o prisma estatístico se torna contraproducente. O fato de haver um grande número de qualquer que seja o crime não é motivo suficiente para torná-lo lícito. De outro lado, o dano colateral causado por uma conduta não é o único elemento que define a normatização dela mesma. Exemplificativamente, é certo que o número de mortes diretamente causados pelo fumo é alto, mas este fato não tem sido motivo suficiente para criminalizá-lo, sendo certo que o fumo é um problema imenso de saúde pública. A prática, por si, não torna o

13 . Em trabalho publicado no caderno de ética médica do The British Medical Journal , das mais respeitadas revistas científicas da medicina, os autores defendem o infanticídio sob os mesmos argumentos da defesa do aborto, inclusive fundamentando na baixa aceitação de adoção da população atual. Para mais esclarecimentos, ver em <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.short>

14 . A fase embrionária vai da concepção a oitava semana; a fase fetal se inicia aí e vai até o nascimento.

15 . Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

ato menos antijurídico. Por exemplo, sabe-se que são vedadas as rinhas de galo¹⁶ no Brasil, todavia, a alta frequência deste ilícito não pode servir de argumento para a sua liberação, uma vez que persiste alto grau de repulsa social ao ato, entre outros motivos políticos que fundamentam a sua ilicitude.

Também não parecem críveis alguns dos números apresentados, por absoluta falta de congruência entre eles. Considerando que ocorrem menos de três milhões de nascimentos por ano no Brasil, segundo números oficiais¹⁷, caso houvesse mais de um milhão apenas de abortos ilícitos nos levaria a conclusão de que para cada dois nascimentos com vida haveria um aborto ilegal, restando a indicação de que metade das mulheres já o realizaram, contrariando até pesquisas declaradamente favoráveis à descriminalização¹⁸, que citam o número estimado de até um quinto das mulheres (DINIZ, 2010). O número de mortes também não parecem perfazer centenas de milhares¹⁹, já que a mortalidade total de mulheres no Brasil relacionadas a todas as causas obstétricas circula em torno de dez mil ao ano, nelas inclusas outras afecções e os abortos legais, também segundo números oficiais.

Ainda sob uma análise lógica, também não resiste a opinião de que a atual perspectiva de punição estatal resulta em aumento da mortalidade nos abortos clandestinos. Admitindo-se uma capacidade mínima de inibição dos casos de aborto com a criminalização, ou seja, considerando que há casos que não são realizados apenas pela ameaça de sanção (apesar de que não há dados que confirmem haver, de fato, o aprisionamento de mulheres pela prática), descriminalizar o aborto resultaria em óbvio aumento da prática, como parece demonstrar a experiência de diversos países²⁰; considerando este provável aumento no número total de casos, mantendo-se, como esperado, o mesmo risco de mortalidade, uma vez que é fato notório a carência da estrutura estatal em assistência à saúde, haveria a consequência direta do

16 . A prática de brigas de galo mediante aposta é comum em diversos países do mundo, tendo origem remota e ainda ocorrendo com frequência no Brasil.

17 . Para mais informações, consultar <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/matriz.htm> acessado em 15 de maio de 2016.

18 . www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/PNA.pdf

19 . Em relatório da Organização das Nações Unidas, a Ministra Nilcéia Freire afirmou que "em 2002, 2003 e 2004 ocorreram 115, 152 e 156 mortes anuais provocadas por abortos, o que faz com que o aborto se constitua na quarta causa de mortalidade materna no Brasil, nelas inclusas as mortes dos abortos naturais. Para mais informações, ver em <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CEDAW/C/BRA/CO/6&Lang=E> acessado em 15 de Maio de 2016.

20 . Para mais informações, ver a reportagem <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss5103a1.htm#fig1> acessado em 15/05/2016, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/6765953.stm>. Acessado em 15/05/2016, http://elpais.com/elpais/2013/12/18/media/1387384587_836262.html acessado em 15/05/2016.

incremento do número absoluto de mortes, resultando no oposto ao pregado pelos defensores da causa.

No campo oposto, analisando os argumentos dos defensores da rigidez de regras contrárias ao aborto, excluimos de início a discussão afeita à moral da sexualidade não relacionada à procriação, que pode prever até alguma sanção religiosa a atos considerados ofensivos a seus próprios dogmas, mas nunca uma regulação do direito, uma vez que não implicam de forma alguma em dano ou obstrução a bem jurídico tutelado no interesse da sociedade. Não há sequer o mínimo sentido em discutir a perspectiva de vida independente e prévia à concepção, uma vez que a célula gaméticas, isto é, óvulo ou espermatozoide, não possui nenhuma condição de geração de vida *per si*. É certo que antes da concepção não há vida de nascituro, não havendo a menor razoabilidade em criminalizar qualquer ato anterior à formação do conceito, ovo ou zigoto, definido no encontro das células gaméticas. Desta forma, é seguro afirmar que a primeira delimitação do início da vida é posterior à formação do conceito.

O próprio zigoto, além da identidade genética que poderá fundamentar as características de um ser humano, não excede o conceito limitado de célula pluripotente que pode se converter em vários tipos de célula, não sendo vida independente e com ocorrência semelhante até no corpo humano adulto, podendo, inclusive, ser artificialmente criada sem gametas²¹. Em outras palavras, uma semente não é uma árvore. Se o zigoto fosse uma vida individualmente, uma mórula²² de dezesseis células constituiria dezesseis vidas. Na verdade, até a fase da nidacão, que ocorre seis dias após a fecundação, caracterizada pela fixação do zigoto ao útero (ZUGAIB, 2012, p.68), sequer há perspectiva real de gestação, uma vez que esta célula não está minimamente vinculada ao corpo feminino e não terá capacidade alguma para desenvolvimento autônomo.

Mas o argumento que desmonta estatisticamente o conceito de vida independente no mero ato da concepção parte do fato de que 70% das concepções sofrem aborto espontâneo mesmo em condições normais (ELEUTÉRIO, 2015, p.31). Ou seja, considerando que cada aborto espontâneo daquele constituiu uma vida independente, teríamos de admitir que para cada nascido na história da humanidade existiram, pelo menos, dois abortos, o que significaria

21 . Para mais informações ver <http://www.nature.com/stemcells/2007/0712/071206/full/stemcells.2007.124.html>. Acessado em 15 de Maio de 2016.

22 . Fase onde ocorrem sucessivas duplicações do zigoto, que se reproduz em células iguais a ele mesmo, dando início ao processo de gestação.

um sem número de mortes ao longo da história. Em suposta proteção à vida humana, retornaria a discussão religiosa mais retrógrada e excluiria métodos contraceptivos como a pílula do dia seguinte e o próprio DIU (Dispositivo Intra Uterino), que atuam após a fecundação, o que faria das usuárias deste método verdadeiras assassinas em série. Não há sentido algum em delimitar como aborto qualquer caso de insucesso, natural ou provocado, nos dias iniciais da gestação.

Cabe aprofundar o conceito inicialmente exposto, para afirmar que a ciência médica define aborto como a interrupção da gestação ocorrida até a vigésima semana de gestação, sendo considerando parto prematuro a interrupção após este marco, conforme definição da Organização Mundial de Saúde e do Conselho Federal de Medicina²³. Para tal conceito, é fundamental entender que após tal grau de desenvolvimento atinge-se uma de maturidade fetal suficiente para a vida extrauterina, com os recursos orgânicos suficientes para sua autonomia, motivo pelo qual é nessa fase que muitos países definem também nesta fase a limitação para a autorização do aborto (ZUGAIB, 2012, p. 1.224). Desta forma, apresenta-se razoável que após 20 semanas a discussão sobre a interrupção da gravidez deve apresentar outro teor normativo que não o mesmo anterior a tal fase.

A nosso ver, o cerne de toda discussão consiste em balizar o equilíbrio para a questão legal do aborto no Brasil à luz da questão: quando se inicia a vida? Esta é a pergunta fundamental. Amputados os extremos irrazoáveis do confronto, pensamos que a primeira missão metodológica é delimitar, com base nos marcos temporais da gestação, quando está ocorrendo um crime contra a vida, pois é aí onde se aloca o crime de aborto, no caso, contra a vida do nascituro. Assim, devem haver marcos temporais ponderados durante a gestação, detalhadamente nas fases que possam definir o início da vida e, portanto, da sua tutela protetiva.

O conceito de vida, por mais complexo que possa ser entendido e por mais amplo que cada ramo da ciência busque defini-lo, para nosso estudo pode ser assimilado como o fenômeno que anima a matéria, semelhante ao conceito de alma conforme intelecto ligado ao corpo, de Tomás de Aquino, (ARISTÓTELES *apud* PICHLER, 2008, p. 3)²⁴, “causa e

23 . Outros critérios que diferenciam aborto de morte fetal são o feto ter atingido 500g ou ter alcançado 25cm. Para mais informações, ver a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.779/2005, disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2005/1779_2005.htm . Acessado em 15/05/2016.

24 . Com efeito, se a substância intelectual não se une ao corpo apenas como motor, como disse Platão, nem a ele se une só pelos fantasmas, como disse Averróis, mas, como forma; e se o intelecto, pelo qual o homem tem inteligência, não é uma disposição na natureza humana, como afirmou Alexandre; nem o temperamento, como quis Galeno; nem a harmonia, como pretendeu Empédocles; nem corpo, ou sentido, ou imaginação, como diziam os antigos – resta afirmar que a alma humana é uma substância intelectual unido ao corpo

princípio do corpo que vive” (ARISTÓTELES, 2006, p. 79 ss), que por sua vez nos rememora o conceito de consciência e razão. Assim, definido que o marco de vitabilidade fetal se dá em 20 semanas de gestação, já que a partir daí aquele corpo consegue ter vida independente extrauterina e desenvolver indubitavelmente seu intelecto, cumpre proteger, a partir desta data, na integralidade, a vida do nascituro, que se não é autônoma por se encontrar sob a nutrição placentária intrauterina, tem reais possibilidades, mesmo que percentualmente baixas, de vir a sê-lo.

Frise-se que a partir de vinte semanas restariam legitimadas a possibilidade de interrupção da gestação quando do real risco de vida materna, pela questão óbvia da concorrência de duas vidas, sendo uma, a da mãe, absolutamente concreta, e quando de malformações absolutamente incompatíveis com a vida extrauterina, como no caso de anencefalia ou outra condição de igual magnitude.

Pensamos que a própria liberação atualmente em vigor do aborto em caso de estupro não deve exceder a terminologia médica de 20 semanas. Mesmo para casos de estupro, os mais de quatro meses após o ato violento parece-nos razoável para a decisão livre da mãe, que algumas vezes opta por não interromper a gestação, mas deve ser esclarecida, suportada e estimulada a decidir tão logo se tenha notícia do ato. Cabe frisar que a possibilidade do aborto até esta fase é farmacológica, ou seja, não se compeliaria a gestante a se submeter a procedimento cirúrgico nem transfusão sob nenhum aspecto.

Mas não afastemos que a gestação decorrente do estupro merece outra caracterização especial mesmo após as vinte semanas por impor outro conflito entre vidas, desta feita, entre a higidez mental e social da molestada e a do nascituro, que em última análise é representativo do próprio ato violador. A ponderação para o caso parece favorecer a solução atualmente encontrada de dar suporte à vítima para a interrupção até as vinte semanas, e, após esta fase, uma nova ponderação das motivações da decisão tardia. Uma vez estimulada a decidir brevemente, como expusemos, caso tenha a decisão de não abortar deve ser informada que não poderá modificar a decisão até o prazo limite de vinte semanas de gestação. A mera modificação de opinião necessariamente traz outra motivação diferente da excludente de ilicitude da origem em estupro, cabendo, portanto, ser em regra não acatada. Exceto no caso de erros de exame, falha de métodos contraceptivos ou impossibilidade de manifestação da vontade anterior às vinte semanas, pensamos não caber aborto após essa fase, exceto nos casos citados de risco de vida à gestante ou inviabilidade fetal.

como forma.

Acerca da fase inicial da gestação cabe uma análise talvez mais complexa. Já apresentada a primeira semana, na qual se finda a nidação, podemos acrescentar resumidamente que a segunda semana é conhecida pela formação do disco embrionário e se caracteriza pelo aprofundamento do ovo na parede do útero e o desenvolvimento de duas camadas de células diferentes entre si, recaindo na mesma argumentação anteriormente apresentada acerca de não incidência de vida real nesta fase apenas tissular, daí porque deduzimos não haver abortamento ilícito, ou seja, atentado contra a vida do nascituro, já que esta vida é totalmente inexistente.

Da terceira a oitava semana tem-se o que se chama de fase embrionária, caracterizada pela organogênese, ou a formação de todas as estruturas orgânicas individuais, que na fase fetal terão seu crescimento finalizado. Assim, parece-nos prudente o exame mais detalhado desta fase acerca da formação de um órgão específico: o encéfalo. É pedagógico que a anencefalia tenha sido a primeira malformação incompatível com a vida a ter sido reconhecida como legitimadora do aborto. O encéfalo compreende o bulbo, a ponte, o mesencéfalo, o cerebelo e, como estrutura mais nobre, o cérebro. Nesta última estrutura anatômica reside a base material da discussão acerca da diferenciação entre homem e outras espécies. O cérebro é a estrutura física que permite a concepção da mente (DIAMENT, 1978, p.285 e 286 e ABBAGNANO, 2012, p.762 ss) e, portanto, da razão ou da alma. Assim, parece seguro afirmar que a formação do cérebro humano parece surgir como caracterização do início da vida.

De fato, no lado oposto, tem sido admitido como verdadeiro consenso científico que a morte encefálica é o que caracteriza definitivamente o encerramento da vida²⁵. A ausência de atividade cerebral, mesmo que persistam o controle dos batimentos cardíacos, da respiração e de outras chamadas funções vitais, é desenganadamente a marca da morte. Para o direito, tal conceito de que o encerramento da vida se dá na morte cerebral é também amplamente assimilado pelo direito, conceito suficiente inclusive para embasar as implicações legais da doação de órgãos.

Desta forma, torna-se clarividente que a ausência de atividade cerebral superior deve caracterizar também o início da vida humana, e não apenas a formação geral de qualquer das estruturas encefálicas (cerebelo, por exemplo). E é na oitava semana que se dá o início da formação do prosencéfalo, que dará origem ao cérebro propriamente dito. Assim, parece certo

25 . Para mais informações sobre conceito e histórico de morte encefálica ver MORATO (2009). Disponível em <http://rmmg.org/artigo/detalhes/428> acessado em 15 de Maio de 2016.

que até esta fase seria seguro uma autorização irrestrita do aborto sem recair em morte do nascituro, uma vez que na oitava semana apenas se inicia a construção das estruturas que resultaram no cérebro (MACHADO, 2005, p.7-15 e ZUGAIB, 2012, p.69-73).

Até aqui, expusemos a possibilidade irrestrita de aborto, a nosso ver, sem recair em crime contra a vida da concepção à oitava semana, bem como a completa proibição do ato a partir da vigésima semana, exceto no caso de ponderação de vidas (mãe e nascituro). Resta o período mais crítico do desenvolvimento do cérebro, que se dá entre a nona e a décima nona semana de gestação. É certo que na oitava semana com a formação do prosencéfalo, que resultará no diencéfalo e telencéfalo, estruturas que compõem o cérebro (MACHADO, 2005, p. 13) iniciar-se-á os traços da atividade cerebral. Mas somos forçados a crer que nesta fase há apenas um esboço da estrutura ainda sem algum conteúdo sensitivo e empírico, sendo apenas um “disco rígido” em formação. Recai-se portanto, numa discussão filosófica acerca do conteúdo mental e da legitimidade do seu encerramento.

Cumpramos diferenciar a formação do diencéfalo, que compreende tálamo, hipotálamo, epitálamo e subtálamo, da formação do telencéfalo, que compreende os giros cerebrais, hemisférios, ventrículos e núcleos (MACHADO, 2005, p55-74). A primeira estrutura, o diencéfalo, possui funções de controle corpóreo hormonal e emocional, regulação de temperatura e homeostase (MACHADO, 2005, p. 228). Não possuem diretamente atividade consciente, e, portanto, racional. Como se formam entre a nona e a décima segunda semana, entendemos deve haver algum grau de permissividade desde que minimamente justificada para o abortamento, uma vez que o telencéfalo já também possui pequeno grau de estruturação, provavelmente sem lastro racional mínimo.

Já a partir da décima terceira semana, temos a mesma consideração que foi feita para as 20 semanas. Havendo estrutura cerebral superior, inclusive com a formação dos diversos órgãos do sentido, pensamos que em praticamente nada este indivíduo se diferencia do ser humano pleno. A alegação de ausência de informação cerebral, ou seja, do disco rígido vazio, passa a ser descabida, uma vez que a simples interação com sons do ambiente externo mostra aumento da atividade fetal e as patologias que possam ocorrer resultam em intenso sofrimento fetal²⁶ crônico e sinais de alteração na atividade cerebral.

26 . Sofrimento fetal clínico é caracterizado tardiamente na gestação, todavia, o sofrimento fetal crônico relacionado a fatores de baixa oxigenação, como malformação da placenta ou anemia materna, já apresentam alterações no desenvolvimento marcadamente a partir da nona semana.

Chegamos, desta forma, a um organograma agora ponderado, relacionado à atividade cerebral do nascituro e, portanto, do elemento racional que diferencia a vida, como elemento a embasar a permissividade do aborto sem recair em atentado contra a vida e, portanto, em crime:

→ **Da primeira à oitava semana**, o aborto deveria ser plenamente legalizado, sob escolha livre da gestante, em virtude da inexistência de vida, definida na formação do cérebro.



Figura 1. Embrião de seis semanas (Fonte: Moore, 2008, p.167)

→ **Da nona à décima segunda semana**, o aborto deveria ser permitido em caso de justificativa mínima que esteja relacionada à opção da gestante, inclusive por motivos psíquicos e sociais que indiquem impossibilidade de que aquele feto, o nascituro, será suficientemente atendido para adquirir uma vida digna.



Figura 2. Ultrassom fetal, 11ª semana, com forma humana melhor delineada. (Fonte: Schupp et al, 2001, p.248).

→ **De treze a dezenove semanas**, o aborto deveria ser reservado apenas para casos nos quais haja risco de vida à mãe, concepção originada em estupro e incompatibilidade com a vida extrauterina, como a anencefalia, hipóteses já permitidas na legislação pátria.



Figura 3. Feto de 13 semanas. Fonte: Moore (2008, p.169)

→ **A partir da vigésima semana**, a interrupção da gestação deve ser absolutamente vedada, excluindo-se, por lógico, o caso de risco real de perda da vida materna, verdadeira “escolha de

Sofia”, ou em casos de incompatibilidade com a vida extrauterina, como já citamos, uma vez que nesta fase temos uma possibilidade concreta de caracterizada a vida independente.



Figura 4. Neonato prematuro de 25 semanas de gestação. Fonte: Moore (2008, p.170).

Desta forma, pensamos ter apresentado uma ponderação da norma com lastro na análise sistematizada do que atualmente se considera verdade científica acerca da gestação, relacionando seu transcurso aos marcos de formação do novo ser à medida que se relaciona com a concepção de nova vida. Assim, numa escala ponderada, reduzem-se os possíveis conflitos de interpretação da norma e sua conseqüente aceitação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que a sociedade se desenvolve intelectual e cientificamente, sempre surgirão questões de inquietação, envolvendo controvérsias que se tornam cada vez mais complexas com o incremento de crenças e desejos díspares entre os indivíduos. As respostas para estas questões complexas deve sempre ser pensada metodicamente, com a adequada ponderação, abarcando os aspectos científicos e filosóficos que possam trazer uma resposta mais equilibrada.

Na matéria do aborto, de maneira desapassionada, é possível limpar o terreno de ideias para buscar uma resposta mais segura na tutela dos direitos tanto da gestante quanto do nascituro. Mas não é só nesta questão que a ciência, em busca de uma verdade mais perene, dá melhores respostas do que crenças viciadas.

Não há dúvidas que matérias que levam a discussões acaloradas, como o aborto, mas também o seriam a maioria penal e a pena capital, respondem bem ao mesmo mecanismo de ponderação aqui exposto. Como aperitivo para futuros estudos, podemos citar, por exemplo, que o elemento que apresenta a maior insatisfação entre os defensores e opositores da alteração da maioria penal está na mudança abrupta de tratamento, medida socioeducativa *versus* pena, que ocorre quase que em um passe de mágica, quando o adolescente vira um adulto para o direito. A simples mudança do marco legal não resolveria o problema, mas o deslocaria para outro ponto, simplesmente por este fato não ser a matéria central da discussão acerca da maioria. O melhor questionamento neste tema seria relativo à maturação intelectual, que pode ser ponderada à luz da ciência, equilibrando mecanismos de educação e inclusão social com um adequado grau de punição, à medida que o menor vai adquirindo a consciência dos seus atos e, portanto, sua possibilidade de responsabilização.

Em diversas matérias de bioética inclusive, como a eutanásia e o conceito de morte, por mais dificultoso que seja empreender mecanismos que graduem valores abstratos como a própria vida, a tentativa de resposta é melhor do que o arbítrio. Reservamos para futuros estudos o que consideramos serem as melhores medidas ponderadas para estes e outros temas, destacando que o primeiro passo é despir-se de certezas para que haja melhor entendimento entre os interlocutores e maiores chances de sucesso no desiderato do direito, o ideal de justiça e bem comum.

Quando em uma tragédia, como um incêndio ou um naufrágio, alguém grita “mulheres e crianças primeiro” na tentativa de redução de danos sociais, a escolha que se está a fazer é valorativa acerca da própria vida. Na verdade, no aborto e em diversas matérias de bioética, como a eutanásia e a pena de morte, por mais dificultoso que seja empreender mecanismos que graduem valores abstratos, a tentativa de resposta conscientemente ponderada é superior ao puro arbítrio.

ABSTRACT

Man is a rational being who has in his intellect the essential thing that makes him different than other species. While living in society and endowed with reason, it starts by seeking the best ways to coordinate actions to satisfy his desires. Similarly, society uses the communication of the law between its members to follow a path in order to achieve common welfare. In this perspective of the right born from living in society and functioning as a command language, it starts to present itself as an essential element to indicate the most appropriate paths to follow. Humans living in society must also search in the law for the best methods, in an attempt to create better beliefs, or transitory truths that work according to the logical mechanisms of his rational essence. Thus emerges the need for balance when we faced with controversial situations, based on a universe of abstract concepts. But the balance that can direct to the best response is a rational reflection mechanism, graduating the importance of each element in a weighting process. Thus, it should not be different for the issue of legalization or criminalization of abortion. Finding the proper balance, the question can be answered in the light of the best scientific truth we have. Therefore, recognizing the pregnancy phases related to forming life, central issue to the problem, by using logical links, it is possible create a weighted scale to be adopted by law.

KEYWORDS: Reason; Right; Method; Balancing; Law.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ARISTÓTELES. **Política**. 2. ed. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Editora UnB, 1985.
- _____. **De Anima**. Apresentação, tradução e notas de Maria Cecília Gomes do Reis. São Paulo: Ed.34, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. **RDA 240**, 2005, p. 01-42.
- COULANGES, F. **A Cidade Antiga**. 2 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIAMENT, Aron. Bases do desenvolvimento neurológico. **Arquivos de Neuropsiquiatria**. Vol. 36, nº 4, 1978.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência & Saúde Coletiva**, Vol. 15, n. 1, p. 959-966, 2010.
- ELEUTÉRIO, Francisco José Costa *et al.* **Protocolo de obstetrícia**. Fortaleza: Secretaria da Saúde do Estado do Ceará, 2014.
- ELSTER, Jon. **Solomonic Judgements**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- FERREIRA, Rodrigo Costa. **Interpretação deôntica e difusa das normas jurídicas**. 2014, 214 f. Tese (Doutorado em Filosofia Analítica). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014.
- FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2 ed. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1986. p. 1510.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, Angelo. **NeuroAnatomia Funcional**. 2Ed. São Paulo: Atheneu, 2005.

MATTHEWS, Eric. **MENTE: Conceitos-chave em filosofia**. Trad. Michelle Tse. São Paulo: Artmed, 2007.

MOORE; K.L.; Persaud T.V.N. **Embriologia clínica**. 8a ed. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier; 2008.

MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. **Rev. Med. Minas Gerais**, 19(3): 227-236, 2009.

PICHLER, Nadir Antonio. A Natureza da Alma Intelectiva em Tomás de Aquino. **Instituto**. Vol.1, n.2, p. 257-273, 2008.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg. 1 ed. São Paulo: Cultrix, 1975.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHUPP, T. R. et al. Identificação ultra-sonográfica do sexo fetal entre a 11a e a 14ª semana de gestação. **RBGO**, 23(4): 247-251, 2001.

ULPIANUS, Eneo Dononitius. **Regras de Ulpiano**. Tradução de Gaetano Sciascia. 1 ed. São Paulo: Industria Gráfica Siqueira, 1982.

ZUGAIB, Marcelo. **Zugaib obstetrícia**. 2 ed. Barueri: Manole, 2012.