

A questão do aborto: premissas necessárias para um debate honesto

Abortion issue: necessary assumptions for an honest debate

*Orlando Haddad Neto*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. A laicidade do Estado: uma discussão estéril. 3. O problema do início da vida e a falácia da infalibilidade da ciência. 4. A abertura desmedida dos direitos fundamentais em nome da liberdade. 5. O sistema penal e a Constituição Federal. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

Resumo: A discussão atual no Brasil sobre a descriminalização/legalização do aborto impõe o enfrentamento de algumas questões insuperáveis. O presente estudo visa a estabelecer premissas mínimas a serem compartilhadas entre as posições antagônicas, possibilitando um debate intelectualmente honesto sobre o assunto.

Palavras-chave: Aborto. Hermenêutica constitucional. Erística. Infalibilidade da ciência. Impostura intelectual. Dialética. Direitos fundamentais. Princípios de direito penal e de direito processual penal.

Abstract: The current discussion in Brazil about the decriminalization/legalization of the abortion imposes a confrontation of some insurmountable questions. This study intends to establish minimal assumptions to be shared between antagonistic positions, allowing an honest intellectual debate about this subject.

Keywords: Abortion. Constitutional hermeneutics. Eristic. Infallibility of science. Intellectual imposture. Dialectic. Fundamental rights. Principles of criminal law and criminal procedural law.

¹ Pós-graduado em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pela Universidade de Pisa/Itália.

1. Introdução

No ano em que a Constituição Federal comemora seus 30 anos de idade, pendente no Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, que busca a descriminalização do aborto. Este estudo não é uma análise do pedido formulado pelo autor, tampouco um memorial sintetizando as alegações deduzidas pelos sujeitos processuais da mencionada ação constitucional. Trata-se, isso sim, da fixação de pontos insuperáveis para uma discussão honesta do tema, independente do âmbito em que ela é travada (se dentro de uma relação processual, ou se em um debate público, acadêmico ou parlamentar, por exemplo).

Para cumprir esse objetivo, entretanto, não se podem desdenhar alguns casos já enfrentados pelo próprio STF, notadamente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3510/08, de 28/05/2010, em que se discutia a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), bem como a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 54/DF, julgada em 12/04/2012, que tratou do aborto do feto anencéfalo.

A consideração a esses casos tem relevância menos pela reivindicação de uma coerência de decisões do STF (o que seria perfeitamente legítimo, mas não é o objetivo do estudo) e mais pela fixação de determinadas certezas, como se verá adiante, extraídas também das audiências públicas e dos debates que precederam e compuseram os dois julgamentos mencionados.

Também não fugirá deste contexto a inusitada decisão prolatada no HC 124.306/RJ, capitaneada pelo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, à revelia do Plenário daquele Tribunal Superior.

Os pontos controvertidos em qualquer discussão sobre a liberalização do aborto (no caso da ADPF 442, busca-se também o reconhecimento a um direito subjetivo da mulher em realizá-lo) podem ser resumidos da seguinte forma: laicidade do estado; o início da vida; a dignidade da pessoa humana como regra norteadora de um direito fundamental; e os princípios constitucionais formadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Desses quatro pontos, em torno dos quais se concentra toda a discussão, uma infinidade de teses são desenvolvidas. As páginas que seguem não enfrentarão diretamente todas elas, mas fixarão patamares intransponíveis para serem considerados cada vez que um novo debate jurídico do tema ganhar espaço.

2. A laicidade do Estado: uma discussão estéril

No rol de teses a sustentar o direito ao aborto, parece haver uma regra quase pétrea entre seus defensores: trata-se de estabelecer, antes de tudo, a premissa de que não cabem discussões morais-religiosas em um tema que deve necessariamente ser permeado pelos princípios de um Estado Democrático de Direito.

Aos poucos, chega-se à questão da laicidade do Estado². Assevera-se que, há tempos, a evolução do Direito promoveu uma separação completa entre Estado e Igreja, assumindo aquele o poder temporal completo, ao mesmo tempo em que ele assegurava a plena liberdade religiosa, notadamente do exercício da religião.

E não há nada de errado com essas assertivas. Existem discussões pontuais sobre o exercício da religiosidade em locais públicos, o conflito de interesses entre este exercício e o direito de vizinhança, o ensino religioso, enfim, questões atinentes às liberdades públicas que eventualmente podem disputar espaço com outras liberdades, e que aqui são mencionadas apenas a título de exemplo, por não se tratar da finalidade deste estudo. Tais conflitos, contudo, jamais se concretizam por questionamentos à laicidade do Estado, mas, ao contrário, vêm à tona porque existe o consenso jurídico de que ela é certa e de que as relações intersubjetivas se desenvolvem nesse ambiente.

Chama atenção, entretanto, numa discussão jurídica sobre a liberação ou não do aborto, que pertine a todas as pessoas, independente de qualquer credo, que toda fundamentação seja iniciada com base nessa obviedade. Se num debate jurídico, desde o crente mais fervoroso até o ateu mais cético, todos sabem que o Estado é laico, qual seria o sentido em se iniciar a defesa de um posicionamento com esta base?

Embora possa parecer paradoxal à primeira vista, é justamente porque todos compartilham desse conhecimento – a laicidade do Estado – que está a explicação para os defensores do aborto suscitarem preliminarmente a questão.

Uma vez trazida ao debate a premissa da laicidade do Estado, categoriza-se, arbitrariamente, o argumento contrário, antes mesmo que o seu conteúdo venha a conhecimento. Essa tipificação precoce daquilo que ainda não veio, mas que se sabe contrário à tese principal, nada mais é do que uma desqualificação antecipada da divergência.

² ANTUNES, Denise. Mais uma vez: aborto, vozes, morte e o direito à privacidade. *Juizes para a Democracia*, São Paulo, ano 17, n. 75, maio-jul. 2017.

Uma vez feito isso, qualquer fundamento contrastado com as argumentações abortistas é reduzido aos estritos limites de uma caixinha fechada pelas paredes do ocultismo, da paixão, da fé cega, da moral ultraconservadora, ou de qualquer outro sentimento fundamentalista contrário à razão e que designe, ainda que grosseira e, muitas vezes, erroneamente, a moral religiosa. Tudo o que for contrário ao que eu sustento resume um conjunto de agitações extraídas de credices absolutamente estranhas ao cerne do debate jurídico. Esse é o tom em que o debate se desenvolverá.

O debatedor contrário, ele próprio, colaborará em fechar as portas das possibilidades do seu discurso para que este apenas reverbere apostolados fervorosos, como se oriundos de um fanático em sua pregação inapropriada, independentemente do conteúdo de seus argumentos. Isso é praticamente inexorável, considerando que ao final, necessariamente, haverá concordância com a proposição o *Estado é laico*.

Schopenhauer (2003) dedicou uma importante atenção à erística que, segundo o filósofo Olavo de Carvalho, em comentários à obra:

É uma arte da discussão contenciosa, que, utilizando os instrumentos da dialética, da sofística, da erística e da retórica aristotélicas, abrange também os aspectos psicológicos do duelo argumentativo, ao mesmo tempo que deixa de lado as regras de ordem ética que faziam da dialética aristotélica um instrumento confiável de investigação. (p. 40-41).

Das modalidades dessa técnica de argumentação, destacam-se o *argumentum ad hominem* e o rótulo odioso. A primeira consiste em tomar a pessoa do interlocutor, ou, melhor dizendo, a ideia que se constrói desta pessoa, para usá-la como um argumento de suporte contra ela³. A segunda técnica vincula as ideias do contendor a uma afirmação já estabelecida, de forma que a conclusão exista antes das premissas e independentemente delas⁴. O resultado é alcançado pela *manipulação semântica*⁵ e pelo *reflexo semântico condicionado*⁶, ambos já indexados no início do debate.

Os exemplos dessa postura são fartos, valendo destacar Ronald Dworkin, uma das maiores referências doutrinárias àqueles que

³ Op. cit., p. 215.

⁴ Op. cit., p. 174.

⁵ Op. cit., p. 220-222.

sustentam a liberalização do aborto. Todo o seu livro *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais* é permeado por imputações religiosas, reafirmando cansativamente a laicidade do Estado⁷, contra os argumentos que impugnam as suas teses, por mais autocontraditórias que estas teses sejam.

Essa postura é proposital e retrata a estratégia argumentativa adotada. Naturalmente, Dworkin não imaginava que somente um cren-te radical, com uma visão de mundo condicionada por doutrinas ultrapassadas, se espantaria com as analogias que ele faz entre a condição do feto com o produto dos esforços científicos do Dr. Frankenstein⁸, ou com a hipótese do potencial intelectual dos porcos⁹, para, ao final, concluir que não ser pessoa não impede alguma coisa – o feto – de ter interesses próprios¹⁰.

A forma como ele coloca a questão reduzirá qualquer ousado leitor discordante a uma condição de religioso irracional, ainda que esta discordância consista na simples dificuldade em se comparar o surgimento de uma vida humana com o monstro da célebre ficção de Mary Shelley¹¹, ou com um suíno imaginário de intelecto superdotado.

Nem mesmo o próprio STF conseguiu escapar desse expediente. A primeira assertiva fixada na ementa da ADPF 54/DF¹², que julgou o caso do feto anencéfalo, é nesse mesmo sentido. Do mesmo modo, no HC 124.306/RJ¹³, o Ministro Barroso diminui a insurgência contrária a um

⁶ Op. cit., p. 239.

⁷ Dworkin (2009). À guisa de exemplos, vide p. 15, 18, 49, 63 e 67.

⁸ Op. cit., p. 21.

⁹ Op. cit., p. 30.

¹⁰ Op. cit., p. 238.

¹¹ Não há razão para acreditar que a analogia dworkniana tenha alguma profundidade filosófica maior do que o nível de linguagem utilizado. Um exemplo de uma interpretação madura da obra de Mary Shelley é dada por Jeffrey Nyquist, que afirma: “cortejamos nossa própria destruição quando trocamos o nosso papel de ‘criatura’ pelo de ‘criador’. [...] Mary Shelley era muito sábia e investigou profundamente a questão quando escreveu seu célebre Dr. Frankenstein.” (NYQUIST, 2017, p. 40).

¹² ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduzida tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ANENC%C9FALO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb4b8t8>>. Acesso em: 11 out. 2018.

¹³ Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controverso, criminalizar a posição do outro. p. 15

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

reles exercício da liberdade de expressão, sem qualquer repercussão jurídica digna de grandes preocupações.

Convém indagar, então, qual seria a importância de aceitar entidades religiosas nas audiências públicas que antecedem o julgamento das ações constitucionais. A única resposta plausível é que a participação dessas entidades apenas serve como reafirmação retórica da existência de um pluralismo democrático, nada além disso.

Como se verá nos capítulos seguintes, evitar cair no engodo da pseudopolarização entre religião e razão, e aceitar que a discussão sobre a liberalização ou não do aborto passa ao largo de qualquer argumento exclusivamente religioso¹⁴, não é conclusão extraída do debate em si, mas condição para o exercício de uma dialética sincera e verdadeira.

3. O problema do início da vida e a falácia da infalibilidade da ciência

Foi visto que a eventualidade de uma determinada posição interessar também à religião não implica que os argumentos que a sustentam sejam uma reprodução de dogmas religiosos. A próxima questão a ser enfrentada diz respeito ao início da vida. Um motivo bastante singelo e objetivo determina a abordagem: a constatação de que todo sistema jurídico que autoriza o aborto por livre vontade da mulher impõe limites temporais para sua realização¹⁵.

Se existe um marco que delimita até onde é aceitável a mulher se desfazer do próprio filho, é porque apenas a partir daí se poderia falar em defesa da vida do feto, antes não. Surge, assim, a problematização do início da vida. Necessariamente, qualquer discussão sobre o aborto passará por essa questão, salvo for cogitada sua viabilidade té momentos antes do nascimento da criança.

¹⁴Sobre a diferença entre laicismo e clericalismo, Oliveira (2017, p. 134-135) esclarece que tanto o laicismo quanto o clericalismo são duas formas de totalitarismo: “O primeiro, por absorver totalmente a esfera política na religiosa, na medida em que subordina o campo do convívio social aos dogmas religiosos, e o segundo, por dogmatizar de tal modo o campo político – e também, progressivamente, os demais âmbitos do convívio social – que acaba suprimindo qualquer possibilidade de vivência religiosa que não corrobore suas premissas.”

¹⁵Mencionam-se aqui, a título de exemplo, o emblemático caso judiciário norte-americano *ROE v. WADE* [410 U.S. 113 (1973)], proibindo que os estados disciplinassem a punição do aborto em vistas à preservação do feto nos dois primeiros trimestres, la *LEGGE 22 MAGGIO 1978*, N. 194, na Itália, fixando 90 dias, e a *Ley Orgánica* (3 marzo 2010, n. 2) espanhola, fixando 14 semanas.

Como qualquer especulação não científica a respeito disso seria imediatamente rechaçada ao argumento de que apenas a ciência poderia propiciar uma resposta de fundamento racional e objetivo ao problema, cumpre perquirir qual a extensão de credibilidade de uma autoridade científica para o caso.

Desde o século XVII, com o Iluminismo e a separação entre religião e razão, o conhecimento passou a refletir um apego desmesurado a conceitos. O homem, com toda sua fraqueza e necessidade de segurança, começou a buscar a solução para suas dúvidas nas palavras de fundo supostamente racional. Horkheimer (2015, p. 13) classificou duas formas de razão, a objetiva e a subjetiva. A primeira não oferece grandes desafios. A razão subjetiva, entretanto, é tomada como uma *faculdade subjetiva da mente*. Segundo afirma:

A presente crise da razão consiste fundamentalmente no fato de que, a certa altura, o pensamento tornou-se simplesmente incapaz de conceber tal objetividade ou começou a negá-la como ilusão. Esse processo avançou gradualmente até incluir o conteúdo objetivo de todo conceito racional. Ao final, nenhuma realidade particular pode parecer razoável *per se*; todos os conceitos básicos, esvaziados de seu conteúdo, tornaram-se apenas carapaças formais. Na medida em que a razão é subjetivizada, ela também se torna formalizada¹⁶.

O sistema massificado pela sujeição à racionalização e à planificação¹⁷ fez com que o homem passasse a viver em função de ideias, baseadas no mais das vezes em estatísticas, o que acarretou um nítido rebaixamento do *status* da realidade. A análise de Horkheimer é acertada, não obstante apresentar certo grau de generalidade. Convém, então, ilustrá-la com alguns dados históricos.

Shapin e Schaffer (2011) retrataram a disputa científico-filosófica entre Robert Boyle e Thomas Hobbes, travada no século XVII e centrada no experimento da bomba de ar desenvolvida por Boyle. O principal ponto controvertido referia-se à forma como um determinado conhecimento pode ser confirmado e reproduzido: se pela narrativa da experimentação exitosa, como queria Boyle; ou se pelo testemunho do público em geral, como supunha Hobbes.

¹⁶ Op. cit., p. 15.

¹⁷ Op. cit., p. 109.

A principal objeção à tese de Boyle era o fato de que, na maioria das vezes, a repetição, ou não é possível, ou apenas se perfaz perante um número limitado de pessoas¹⁸. O testemunho é imprescindível, mas Hobbes não admitia que apenas membros de um determinado grupo tivessem acesso à experiência, pessoas submetidas ao mesmo filtro, sem que a comunidade interessada - que não é somente a comunidade científica - pudesse participar do experimento¹⁹. É importante destacar que Boyle era membro da *Royal Society*, círculo de cientistas de que Hobbes não participava.

Já entre os séculos XVIII e XIX, o que se observou foi quase que uma paranoia generalizada por dados estatísticos. Ian Hacking (2008) colecionou inúmeros exemplos de estatísticas utilizadas na Alemanha, França e Inglaterra no período. Desde tentativas da prova de Deus²⁰, passando por diagnósticos médicos²¹, a até mesmo a credibilidade de um júri²², todo conhecimento poderia ser extraído de estatísticas.

Mercê da forte influência kantiana, firmou-se a crença em determinações totais, impulsionando uma crise do livre-arbítrio. A liberdade pessoal, a individualidade, enfraqueceu-se diante de uma disputa idealmente criada entre necessidade e responsabilidade humana²³. Os resultados estatísticos então se tornaram um *a priori*²⁴: tudo deveria ter uma explicação apriorística e aquilo que a estatística não conseguisse antever ou que os sábios cientistas não lograssem quantificar era uma anormalidade. Foi assim que se chegou finalmente ao conceito de homem médio e à plena possibilidade de controle social por intermédio do uso dos números²⁵.

A possibilidade de o homem dominar os números é sedutora para quem anseia pelo conhecimento e não consegue conceber nada fora de um complexo de estritas causalidades pré-estabelecidas. Leis estatísticas, fórmulas matemáticas, a objetificação do universo, tudo isto permite ao homem fugir da desconsolável condição de um ser finito.

Para Porter (1995), que se dedicou ao estudo de tentativas de quantificação social e econômica da Europa do século XIX e dos Estados Unidos do século XX, a redução de tudo a números deve ser concebida

¹⁸ Op. cit., p. 55-56.

¹⁹ Op. cit., p. 113.

²⁰ Op. cit., p. 21.

²¹ Op. cit., p. 67.

²² Op. cit., p. 88-94.

²³ Op. cit., p. 12.

²⁴ Op. cit., p. 42.

²⁵ Op. cit., p. 107-108.

como uma tecnologia de confiança, emergida de uma estratégia que buscava a impessoalidade em resposta à exposição a pressões externas, em especial aquelas de natureza política. O conhecimento local, direto, tornou-se inadequado e foi substituído por procedimentos burocráticos que transmitem a ideia de que a decisão, quando se vale de resultados obtidos por meio desses mecanismos, é necessariamente imparcial e justa.

Duas são as principais consequências dessa técnica de objetificação em massa: ao mesmo tempo em que cria a sensação de segurança de domínio de uma situação, ela também afasta o observador da experiência direta com o objeto a ser observado para impor que categorias estatísticas formem a base para a identidade pessoal e coletiva²⁶.

É extremamente desconfortável ao homem aceitar ao mesmo tempo sua condição limitada sem transigir com sua força cognoscitiva. O conforto de uma autoridade científica não é outra coisa senão a busca por um porto seguro. Nesse contexto de perda do contato com a realidade e com a intensidade das relações intersubjetivas pelo esmorecimento da individualidade em favor da busca desenfreada pela distância do irracional, urge a lembrança de que *a lógica é meio de prova, não de investigação*²⁷.

Na linha dessa digressão inicial, com a realização de audiências públicas da mencionada ADIN 3510, puderam-se colecionar algumas teses científicas que tentam estabelecer o início da vida. O voto do Ministro Celso de Mello²⁸ destaca pelo menos cinco dessas teorias, com a evidente ressalva de que esse número não esgota as hipóteses existentes. São elas as teorias genética, embriológica, neurológica, ecológica e gradualista. Não cumpre aqui explicá-las separadamente, mesmo porque os respectivos nomes já indicam a que se propõem. A importância para fins deste estudo é destacar não a qualidade das teorias, mas a quantidade delas.

²⁶ Op. cit., p. 42.

²⁷ Na perspectiva da Teoria dos Quatro Discursos, Carvalho esclarece que, segundo Aristóteles, o discurso investigativo é o dialético. Ensinava que a dialética é também chamada peirástica, da raiz grega *peirá* (“prova”, “experiência”), de onde surgem nossas palavras “empíria”, “empirismo”. “O discurso dialético mede enfim, por ensaios e erros, a probabilidade maior de uma crença ou tese, não segundo sua mera concordância com as crenças comuns, mas segundo as exigências superiores da racionalidade e da informação acurada [...]. Finalmente, no plano da lógica analítica, não há mais discussão: há apenas a demonstração linear de uma conclusão que, partindo das premissas admitidas como absolutamente verdadeiras e procedendo rigorosamente pela dedução silogística, não tem como deixar de ser certa”. (CARVALHO, 2013, p. 32 e 34).

²⁸ ADIN 3510, p. 571/572.

O início da vida é o que se pode chamar de princípio por excelência, bem entendido aqui como o ponto de partida, como elemento primeiro, imanente da geração. Em suma, é aquilo que principia. Não havendo um princípio anterior ao qual o cientista poderá se reportar para delimitar o momento do surgimento da vida, a ele restará somente a especulação de hipóteses, mais ou menos elaboradas, cujo resultado está muitíssimo distante de qualquer certeza apodíctica. Isso possibilita somente que ele alcance, quando muito, o terreno da verossimilhança²⁹.

Para tornar mais clara essa afirmação, tome-se, por exemplo, o que é um consenso científico. Quando um número considerável de pesquisadores converge para um mesmo entendimento sobre um dado da realidade, diz-se que eles entram em consenso. A ciência, por definição, não pode estabelecer consensos imutáveis em relação à totalidade existencial; as certezas que as conclusões científicas proporcionam são necessariamente efêmeras, caminhando constantemente em direção e em busca da verdade, jamais exaurindo todo o conhecimento científico.

Os exemplos disso são colhidos no cotidiano de qualquer pessoa. Quantas informações sobre os benefícios ou os malefícios da ingestão diária de ovos, leite e outros alimentos já não nos tomaram de surpresa, quando na crença de que se estava em um regime alimentar saudável? Qual o nível aceitável da concentração de triglicérides no organismo, qual a pressão arterial ideal, qual a quantidade de vitamina D recomendada para crianças ou se há necessidade de consorciá-la com outras vitaminas? Quão mal o fumo faz para a saúde? Orientamo-nos e tomamos nossas decisões com base em consensos científicos que não encerram verdades imutáveis. Eles são fluidos por natureza, o que decorre da própria estrutura da ciência³⁰.

Se os consensos científicos têm essa fluidez como apanágio, o que não dizer das hipóteses científicas, ou, indo mais além já para chegar ao ponto desejado, qual a credibilidade que uma teoria sobre o início

²⁹ No que se refere ao problema particular das conjeturas, ocorre que “[...] estas ora assumem o papel de hipóteses potenciadas, com a expectativa de algum dia se poder comprová-las, ora são enunciadas num estado de espírito que não é de desencanto ou de renúncia, mas sim de convicção de sua verificabilidade, e também de sua necessidade: estas últimas são as conjeturas metafísicas.” (REALE, 2001, p. 143).

³⁰ A pertinência de um consenso científico já foi objeto de análise do STF no julgamento da ADIN 4066, em que se discutia a possibilidade de industrialização e comercialização do amianto. Na ocasião, por maioria, declarou-se a inconstitucionalidade do artigo 2º, caput, e parágrafo único, da Lei 9055/95, embora sem efeito vinculante. Asseverou-se, entre outros fundamentos, a existência de consenso médico atual no sentido de que a exposição ao amianto tem, como efeito direto, a contração de diversas e graves morbidades. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>>. (j. 24/08/2017).

da vida pode ter a ponto de servir de alicerce para decisões tão relevantes e, diga-se também, tão definitivas?

Todas as diferentes teses científicas, que tentam dar uma explicação convincente para o início da vida, são tautológicas, sem exceção. O leitor não cientista pode ele próprio criar a sua, com resultado de êxito 100% garantido nas conclusões. Basta eleger uma hipótese de um determinado estágio de desenvolvimento do feto como marco para o início da vida. Após, consultando um manual de embriologia, verificará em quanto tempo de gestação, geralmente, o feto atinge aquele determinado desenvolvimento: se na primeira semana, no primeiro mês, ou a partir da trigésima semana de gestação, não importa. Trata-se apenas da conferência de um resultado já anunciado pela proposição da tese. *Voilà!* O leigo terá constituído uma teoria tão respeitada quanto aquelas enunciadas na ADIN 3510.

Quando começa a vida? A única certeza que se tem, muitas vezes resistida na incansável porfia de alguns, é que a resposta a essa pergunta não pode ser dada pela ciência. Bastaria uma única hipótese com esse grau de especulação para sustentar essa afirmação; no caso, como visto, existem cinco hipóteses mais destacadas dentro de um universo de incontáveis outras, cuja existência gira em função unicamente da imaginação do especulador. Uma premissa básica da ciência é: “[...] o simples fato de que uma ideia é irrefutável não implica que exista alguma razão para acreditar que seja verdadeira” (SOKAL, 2016, p. 65).

Não é exagero afirmar que existe mais critério científico quando um consumidor escolhe a cerveja que deseja comprar na gôndola de um supermercado, do que quando um defensor do aborto aponta do alto do cadafalso da ignorância que o início da vida começa a partir de tantas semanas de gestação. O consumidor pode-se valer do critério econômico, por exemplo, escolhendo a cerveja mais barata. A sua decisão pode ser demonstrada pela aritmética, comparando os diferentes rótulos à disposição até encontrar aquele com menor preço. A certeza da cerveja economicamente correta pressupõe a repetibilidade da experiência e o acesso de sua conferência a qualquer pessoa que saiba trabalhar as quatro operações. Esse exemplo, é claro, não impede que a cerveja seja escolhida pela singela predileção pessoal, com a ressalva de que, neste caso, ninguém cogitará que ela ocorreu em bases científicas.

Tentativas frustradas de especulações filosóficas, que se valeram de conhecimentos científicos, foram largamente denunciadas por Sokal (2016). Em 1996, ele publicou uma paródia científica na revista americana de estudos culturais *Social Text*, como se fosse um texto científico

sério³¹. Em sua obra, encontram-se diversas críticas à utilização de teoremas científicos indevidamente incorporados ao pensamento de célebres filósofos, psicanalistas e estudiosos de outras áreas, teoremas sem a mínima pertinência com cada tema abordado, embora a autoridade intelectual com que eles os afirmavam fosse digna de todo respeito e admiração no respectivo meio acadêmico.

Afirmar um tempo determinado até quando a gestação possa ser interrompida, ou a partir de quando a vida se inicia no ventre materno, trata-se de uma escolha arbitrária, que não tem absolutamente nada a ver com conclusões científicas³². Qualquer pretensão de emprestar um significado científico a isso é uma tentativa nítida de mascarar-se em vestes de linguagem técnica, a fim de alcançar a mesma credibilidade que o resultado de um conhecimento científico verdadeiro lhe proporcionaria. Se a própria ciência médica não se permite esse grau de certeza, por que um jurista adotaria o péssimo hábito denunciado por Sokal de colocar palavras na boca dos outros?

4. A abertura desmedida dos direitos fundamentais em nome da liberdade

Parece haver um consenso na doutrina a respeito das origens dos direitos fundamentais, que remonta à filosofia greco-romana clássica e ao pensamento cristão³³. Também não há discordância sobre as raízes da atual conformação filosófica de todas as teorias sobre os direitos fundamentais, que são fincadas em Kant³⁴. Dentre os estágios da evolução desses direitos, destacam-se as três gerações iniciais: a primeira, evidenciando os direitos civis e políticos; a segunda, em que passaram a figurar os direitos sociais e culturais; e a terceira, quando então se destacaram a solidariedade e a fraternidade, ambas tendentes à busca da qualidade de vida³⁵.

A projeção dessa evolução tanto pode ser encarada em relação aos postulados da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e frater-

³¹ O nome do artigo é *Transgredindo as fronteiras: em direção a uma hermenêutica transformativa da gravitação quântica* (op. cit., p. 229-267).

³² Assim como faz Daniel Sarmiento apud MINISTRO BARROSO no HC 124.306/RJ (p. 19) ao discorrer sobre a formação do córtex cerebral.

³³ Sarlet (2001, p. 40).

³⁴ Bobbio citado por SARLET (2011) p. 43. Conferir também Perez Luño (1998, p. 32).

³⁵ As especulações doutrinárias sobre uma quarta e até mesmo uma quinta geração de direitos fundamentais têm pouca relevância para este trabalho.

nidade³⁶, respectivamente, quanto com um conjunto de liberdades públicas em diferentes perspectivas, a saber, a liberdade contra o Estado, a liberdade *no* Estado; e a liberdade *mediante* o Estado (DAL CANTO, 2015, p. 489).

O foco de análise aqui é a transição da segunda para a terceira geração e as dificuldades enfrentadas especificamente para controlar a inexorável abertura de possibilidades que os direitos fundamentais suscitaram³⁷, principalmente a partir da indeterminação do conceito de dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, registre-se não haver dúvidas dos avanços que os direitos fundamentais trouxeram para a civilização ocidental, o que não impede a constatação de um problema jurídico-social de notória relevância para os juristas³⁸, porquanto com repercussões diretas no Direito.

Nesse mesmo período de evolução, é que o sistema de direitos fundamentais passou a sofrer, dentre outras, a influência da doutrina marxista³⁹, notadamente da filosofia da *praxis*⁴⁰. As conseqüências ideológicas, então, já se tornavam indisfarçáveis. Perez Luño chega a afirmar que a sociedade *neocapitalista* tornaria insuficiente a proteção material à condição humana, pois estaria sustentada em uma igualdade meramente formal⁴¹.

A vacuidade do conteúdo da expressão “dignidade da pessoa humana”, adotada como *critério basilar*⁴² dos direitos fundamentais, impulsionou a doutrina a elaborar teses, as mais criativas, para sustentar o surgimento de novos direitos.

Assim é que Alexy (2015) classifica as normas de direito fundamental em diretas e atribuídas⁴³. Aquelas não implicariam grande complexidade, porque extraídas diretamente do texto legal. As normas atribuídas, entretanto, por não serem de uma evidência tão notória, demandariam um exercício intelectual maior para serem descortinadas pelo intérprete. “A possibilidade de fundamentação correta para a

³⁶ Perez Luño apud SARLET (2011, p. 59).

³⁷ No Brasil, até mesmo o lazer é considerado direito fundamental (artigo 6º, caput, Constituição Federal): “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

³⁸ Sarlet (op. cit., p. 77) fala em sistema aberto e flexível.

³⁹ Silva (2014, p. 446).

⁴⁰ PEREZ LUÑO, op. cit., p. 127.

⁴¹ Op. cit., p. 22/23.

⁴² SARLET, op. cit., p. 117. Ver também SILVA, op.cit., p. 699.

⁴³ “A discussão sobre direitos fundamentais é, em grande parte, uma discussão sobre que normas devem ser atribuídas às normas diretamente estabelecidas pelo texto constitucional.” Op. cit., p. 73.

atribuição a uma disposição de direito fundamental é um critério para identificar a norma em questão como uma norma de direito fundamental” (p. 83). Esse exercício, portanto, consistiria na argumentação. A regra de direito fundamental será extraída após o intérprete demonstrar, por argumentos, qual princípio tem uma relação de preferência em relação ao outro⁴⁴.

A ironia está em que os direitos subjetivos de índole fundamental, sempre mais intensamente produzidos contra o Estado, mesmo quando não previstos diretamente no texto constitucional, são obrigações impostas ao Poder Público para a satisfação daquilo que a doutrina definiria como o necessário para o desenvolvimento do ser humano, “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁴⁵. A dificuldade é esclarecer por que bases tão essenciais para a vida humana são descobertas aos poucos sem que ninguém as tenha cogitado antes, ou, pelo menos, por que um sofrimento tão nítido assim apenas seria denunciado posteriormente. Em síntese, como a humanidade conseguiu se sustentar sem esses direitos até alguém descobri-los?

Com o leque cada vez mais aberto, a pretexto de proteção, foi-se agigantando o mecanismo de controle social. Os cidadãos, que na primeira geração dos direitos fundamentais estariam protegidos contra as ingerências e os abusos do Estado, passaram a depositar no algóz originário toda a confiança para o pleno desenvolvimento de suas personalidades⁴⁶. Numa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais⁴⁷, o Estado passou a ser responsável pela realização individual do ser humano⁴⁸.

Em nome da liberdade, a responsabilidade foi esquecida. De um lado, o Estado arrogou a si o direito de tudo comandar e avançar na centralização progressiva do seu poder, exigindo, para tanto, como

⁴⁴ Op. cit., p. 113.

⁴⁵ SILVA, op. cit., p. 450.

⁴⁶ PEREZ LUÑO, op. cit., p. 25

⁴⁷ SARLET, op. cit., p. 112-113.

⁴⁸ A literatura do século XIX não deixou de registrar esse fato social. Na obra *Os Maias*, de Eça de Queirós, na passagem em que João da Ega convence Dâmaso a se retratar por escrito da tentativa de divulgar um artigo difamatório na imprensa local contra Carlos da Maia, o narrador onisciente sustenta o seguinte raciocínio: “Era necessário, pois, dar à calúnia uma dessas causas fortuitas e ingovernáveis que tiram a responsabilidade às ações. E que melhor, tratando-se dum rapaz mundano e fêmeiro, do que estar bêbado?” (p. 378).

João da Ega, forte no seu intento, e sintetizando o pensamento moral da época, lança o seguinte argumento: “Lá tem a explicação que tudo cobre, uma gota demais, a gota tomada por impulso de borrarichie hereditária [...] Você alcança deste modo a coisa que mais se apetece deste século XIX – a irresponsabilidade! [...]” (QUEIRÓS, 2012, p. 379).

principal contrapartida, não uma conduta socialmente aprovada dentro de padrões morais comunitários, mas a satisfação de obrigações de natureza burocrática (matricular os filhos na escola, registrar o empregado, declarar renda, pagar a pensão alimentícia, etc.). Num segundo aspecto, os discursos libertários e censórios aos valores culturais induziram o indivíduo a se tornar um ser que vive por viver, com o ideal raso de evitar o sacrifício e o sofrimento a todo custo, como se estes elementos não fossem também inerentes à condição humana. Não se pretende criticar aqui a formalização do trabalho, a transparência da vida fiscal ou mesmo a obrigação legal de amparar os filhos, longe disso. A crítica recai sobre a substituição da moral forjada nos séculos de uma tradição cultural robusta, por uma moral burocrática ou burocratizada, no seio de um fundamentalismo estatal.

Disso resulta que as obrigações pessoais e sociais de alguém se limitaram às satisfações exigidas com maior intensidade pelo Estado, que tudo promete. *Eu posso fazer o que quiser*. Esse é o padrão de conduta que reduz a liberdade a um conjunto de desejos e caprichos individuais (KUBY, 2015, p. 111). Em outras palavras, é isso o que transforma a liberdade (ou que se anuncia como tal) em uma dependência maior, uma não liberdade.

Quando o conjunto de valores sociais é substituído por obrigações burocráticas, a consciência individual também se transforma em consciência estatal. Essa transformação naturalmente não pode ser absoluta, não pode abarcar todo o sujeito, porém, ao ocupar um espaço preponderante no senso de individualidade da pessoa, torna-se suficiente para que a satisfação de prazeres e devaneios seja a única razão ou o único sentido da vida.

A expressão “direitos humanos”, pela própria elasticidade do seu conteúdo, transformou-se em uma espécie de coringa para a projeção legal de qualquer interesse individual, sem nenhuma preocupação com a responsabilidade inerente.

Dalrymple (2014, p. 19) lembra que a condição do homem, como ser social e não apenas biológico, é incompatível com a ideia de emancipação das responsabilidades, como se os resultados fossem determinados pelas circunstâncias em que vivemos, não pelas ações pessoais⁴⁹. Quando os abortistas se apegam ao elemento biológico do ser humano, reduzindo-o à mesma condição de qualquer outro vertebrado, eles desvinculam toda relação sexual (natureza biológica) de quaisquer

⁴⁹ Vide capítulo anterior, em relação às estatísticas.

obrigações sociais, contratuais ou morais e, portanto, de algum significado. É como se o impulso sexual, quando bem-vinda a conveniência de se furta a alguma responsabilidade banal – uma criança, por exemplo – fosse o elemento determinante da conduta humana.

[...] muitas de minhas jovens pacientes, ao explicar a existência de um ou dois filhos ilegítimos [entendamos bem, indesejados], usam as expressões universalmente comuns por estas redondezas: “peguei gravidez” ou “ganhei um menino”. Inevitavelmente, vem à mente a imagem de uma roleta girando, cada vez mais devagar, até que a bola caia no compartimento que, em vez de um número, traz a palavra “menino” ou “menina”⁵⁰.

5. O sistema penal e a Constituição Federal

A inviolabilidade do direito à vida é enunciada logo no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal⁵¹. Trata-se do mais importante bem jurídico, do qual irradiam todos os demais direitos fundamentais, como a igualdade e a liberdade, para mencionar apenas dois de imensa relevância, porém que só têm a sua razão de existir pela precedência do bem jurídico vida. Quando se mencionou linhas atrás que a vida é o princípio por excelência, era disso que se falava: os princípios jurídicos da liberdade e da igualdade, e ainda outros que fundamentam o sistema de direitos e garantias, todos, inexoravelmente, se reportam a um princípio superior, a vida⁵².

O grau de importância é tamanho que a própria Constituição Federal reserva o julgamento dos crimes dolosos contra a vida ao tribunal do júri⁵³, incluindo aí as diferentes modalidades dos crimes de aborto. Ainda, a única exceção para a aplicação da pena de morte no Brasil é a

⁵⁰ Op. cit., p. 125.

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁵² Dworkin (op. cit., p. 50) diz que acreditar em um valor intrínseco da vida, quando se busca protegê-la, é argumentar com base num valor sagrado. Sobre essa afirmação, ver as considerações sobre erística no item 2.

⁵³ XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...]

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

hipótese de guerra (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”) e nos casos especificados no Código Penal Militar⁵⁴.

Já foi assentada a absoluta impossibilidade de a ciência apontar o estágio da gestação que corresponda ao início da vida e que qualquer tentativa neste sentido não passa de uma arbitrariedade. Nesse caso, a proteção à vida se dá pelo benefício da dúvida. Não é aceitável utilizar essa dúvida insuperável em desfavor da vida. A colocação honesta do tema não surge a partir da questão se convém ou não impor à mulher um sofrimento com a gestação; mas se é legítimo ou não sacrificar a vida já existente em função do exercício de uma liberdade da gestante.

Um dos preceitos máximos de critério de julgamento criminal implica que a dúvida sempre favoreça o réu, *in dubio pro reo*. Ainda que se trate de criminoso contumaz ou que o crime a ele imputado seja de extrema gravidade, ainda assim, no caso de dúvida, ele será absolvido⁵⁵. Não estivesse o réu somente acobertado por tal garantia, mesmo que exista uma certeza processual que autorize uma condenação criminal, se, após, surgirem novas provas em benefício do condenado, existe a possibilidade do manejo de ação própria para remediar a decisão injusta⁵⁶.

Ora, se esse conjunto de proteção favorece o acusado – e não poderia ser diferente – por que com uma dúvida perene e insuperável, que é o início da vida, a incerteza penderia contra ela?

A Lei 9434/97, que dispõe sobre a retirada de órgãos para fins de transplante, estabelece como critério para o fim da vida a morte encefálica (artigo 3º e parágrafos)⁵⁷. Essa figura de linguagem é o

⁵⁴ Art. 355. Tomar o nacional armas contra o Brasil ou Estado aliado, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 356. Favorecer ou tentar o nacional favorecer o inimigo, prejudicar ou tentar prejudicar o bom êxito das operações militares, comprometer ou tentar comprometer a eficiência militar:

[...]

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 365. Fugir o militar, ou incitar à fuga, em presença do inimigo:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Art. 387. Praticar, em presença do inimigo, qualquer dos crimes definidos nos arts. 163 e 164:

Pena – morte, grau máximo; reclusão, de dez anos, grau mínimo.

⁵⁵ Código de Processo Penal, artigo 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação.

⁵⁶ Refiro-me à revisão criminal (Código de Processo Penal, artigo 621, inciso III).

⁵⁷ Art. 3º A retirada “post mortem” de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

critério legal adotado para autorizar a retirada dos órgãos do paciente. É comum os abortistas utilizarem o mesmo critério legal para a fixação do início da vida, dando a aparência de um respaldo científico confiável para suas pretensões. A propósito desse argumento, como bem se manifestou o ministro Cezar Peluso na ADPF 54/DF (p. 378):

[...] Abro parêntese para expor que, ainda quando se discorde de tal definição, compatível, na sua simplicidade e plasticidade, com qualquer outra noção de vida, em particular de vida humana, esta não constitui criação artificial da ciência jurídica, senão realidade pré-jurídica de que, para efeito de valorações normativas fundamentais, se apropria o Direito. E, na condição de objeto de privilegiada tutela constitucional, não é lícito ao ordenamento subalterno operar, a respeito, mediante a técnica de ficção, lícita em si mesma, para negar-lhe a realidade autônoma perceptível fora do mundo jurídico. Em palavras mais diretas, não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação.

É inadmissível, pois, usar a analogia entre a definição legal de morte encefálica e a suposição do início da vida. Dois são os fundamentos irrefutáveis contra essa atecnicidade jurídica: primeiro, por se tratar de uma ficção legal, o que implica que o seu alcance seja determinado apenas pelo legislador; segundo – e aqui com maior peso – porque, na indefinição insuperável do início da vida, qualquer analogia que se faça em prejuízo dela será uma analogia *in malam partem*, em ofensa ao princípio da legalidade.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

Há, pois, uma incongruência manifesta na sustentação da liberação do aborto: determinar por qual motivo a liberdade é mais preciosa que a vida, a ponto daquela estar garantida contra a fragilidade de uma prova acusatória e a violação do princípio da legalidade, enquanto esta não. Dentro de um sistema de direitos e garantias com bases já estabelecidas, o que autorizaria a um parlamento ou a um tribunal vedar peremptoriamente certos raciocínios jurídicos para a defesa da liberdade, mas admiti-los contra a vida? Até mesmo a pontual exceção do caso de pena de morte permite que o acusado apenas seja condenado, desde que após o devido processo legal. A qual defesa teve o feto direito antes de extirparem-no?

Dworkin (op. cit., p. 150-151) confunde o conceito de pessoa, como categoria jurídica, com o de ser vivente, afirmando que, fora do direito constitucional norte-americano, a discussão se o feto é ou não pessoa se resume a uma questão meramente moral. No Brasil, a lei já elimina toda discussão a esse respeito. O artigo 2º do Código Civil⁵⁸ estabelece quando começa a personalidade jurídica da pessoa (com o nascimento com vida). Há uma nítida distinção, tecnicamente correta, entre o que é personalidade civil e a sua natureza de criação jurídica, daquilo que é vida. A lei poderia considerar qualquer marco temporal a partir de quando alguém pode ser sujeito de direitos e (conjunção aditiva) obrigações na esfera civil, antes ou depois do nascimento, sem prejudicar o preceito constitucional do direito à vida.

Outra analogia descabida é a utilização da exceção legal já existente que permite o aborto nos caso de gravidez resultante de um crime de estupro⁵⁹, para abranger também a liberdade da mulher dispor do próprio corpo. O argumento de fundo utilizado para sustentar essa interpretação é a coerência do Direito, o que não aparenta ser um motivo desarrazoado. Assim mesmo, é de se esperar que ele venha com a explicação de por que se buscar a coerência e a integralidade do Direito pela exceção, e não pela regra. Existem valores jurídicos muito mais elevados que poderiam muito bem servir como eixo de estabilização dessa integralidade, como o devido processo legal, o contraditório, a certeza de materialidade e autoria para a punição de alguém, etc.

Ainda que não se admitissem tais critérios para tanto, o que se afigura um erro inaceitável, persiste a autocontradição do discurso

⁵⁸ Artigo 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁵⁹ Código Penal, artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico: [...] II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

abortista no que se refere à propalada liberdade da mulher dispor do próprio corpo, ao desconsiderar que o feto (talvez uma mulher) possa decidir o que fazer consigo por si, e não pelos outros.

Ademais, a analogia entre a exceção da gravidez resultante do estupro e a gravidez involuntária somente comportaria uma carga mínima de seriedade se, no segundo caso, a mulher também fosse vítima de alguma coisa. No caso do estupro, existe um fato determinado com um agente determinado, ainda que não identificado. Por outro lado, no caso do aborto voluntário, o máximo a que se chega é vitimizar a mulher⁶⁰ com inúmeras abstrações cunhadas em clichês revolucionários, como o patriarcado, o capitalismo, a cultura machista, a opressão por um determinismo biológico, o sistema, a misoginia, etc.⁶¹ Isso coloca toda a mulher na condição de vítima antes mesmo de sofrer qualquer agressão. Essa tentativa de aproximação é despida de um senso mínimo de proporções, porquanto, ao mesmo tempo em que banaliza o sofrimento da mulher vítima de estupro, abre as portas para a confusão ideologicamente infundida entre direito e desejo.

6. Conclusões

Foram estabelecidas algumas premissas incontornáveis para que um debate sobre a legalização/liberação do aborto se trave honestamente. Afastando do início da discussão a qualificação antecipada dos argumentos de um dos debatedores, preserva-se a possibilidade do desenvolvimento da dialética em sua concepção aristotélica, entendida, em síntese, como o mecanismo intelectual mais idôneo para se buscar o conhecimento.

Quando se marca a ferro quente o corpo do opositor com uma conclusão antes mesmo que ele possa iniciar o raciocínio, todo o seu argumento fica viciado, e a contraposição de ideias, que é a essência da dialética, dá lugar a uma competição retórica norteadas pelo expediente da erística. Portanto, se a proposta inicial da discussão era a busca do conhecimento sobre um determinado fato, ela se desnatura em competição intelectual visando apenas à tomada de decisão.

⁶⁰ *Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 17, n. 75, maio-jul. 2017.

Também Dworkin, op. cit., p. 143.

⁶¹ Quando a mulher não é artificialmente colocada na condição de vítima por essas abstrações, é considerada vítima dos próprios atos, por buscar o aborto de forma clandestina (GALEOTTI, 2007, p. 119-120 e 131). Sobre essa revolução cultural, *que acabará por perverter todo o senso moral da população, instaurando a crença de que o dever de ser bom e justo incumbe primeira e essencialmente à sociedade, e só secundariamente aos indivíduos*, conferir em Carvalho (2014, p. 126).

Também a discussão a respeito do início da vida ficou bem delimitada. Se a própria ciência não ousa assentar afirmações conclusivas sobre a partir de quando é possível dizer que há um ser humano vivo dentro do ventre materno, não caberia aos juristas fazê-lo. A gama de teorias com que a ciência se limita a cogitar o assunto é a prova terminal de que a resposta não poderia ser dada pela mesma ciência.

O impulso de atribuir um caráter objetivo ao próprio discurso, passando a ideia de se estar alicerçado nas bases fortes do conhecimento científico para reforçar sua credibilidade, não autoriza que juristas se valham de meras suposições de outra ciência, substituindo a natureza de um conjunto de especulações teóricas por um consenso inexistente.

Há duas impossibilidades que não podem ser negligenciadas: em primeiro lugar, a já mencionada limitação científica em apontar o início da vida do feto, decorrendo daí que qualquer fixação de marco temporal ou evolutivo é pura arbitrariedade, variando apenas na elegância maior ou menor dos argumentos que tentam sustentá-la; em segundo lugar, *a contrario sensu*, desse estado permanente de incerteza não há como negar a existência de vida durante toda a gestação⁶². A dúvida pende em favor do bem maior, necessariamente.

A abertura desmedida dos direitos fundamentais por intermédio do critério basilar que os norteia, a dignidade da pessoa humana, conceito jurídico extremamente vago, não pode servir como carta branca para a criação de qualquer direito em função apenas de sentimentos e vontades. Nesse aspecto, nota-se uma reiterada confusão entre juízo de realidade e juízo de valor, e também dentro da própria concepção de juízo de valor.

Como ensina Reale (2002, p. 242-246), o juízo sempre liga um sujeito a um predicado. O que diferencia um juízo de realidade de um juízo de valor é o liame existente, não a qualidade do predicado. Enquanto no juízo de realidade algo é, no juízo de valor esse algo *deve ser*. Quando direitos são criados com base no critério do desejo, do medo, da fraqueza, ou da frustração, o argumento que o sustenta inevitavelmente confundirá juízo de realidade com juízo de valor.

A fuga da realidade é ainda mais agravada quando o valor se confunde com um mero objeto ideal, “[...] ser e dever ser são categorias lógicas que traduzem duas posições distintas do sujeito cognoscente

⁶² Inclui-se aqui a impossibilidade de se admitir a tese confusa de Dworkin (op. cit.) da existência de um meio termo entre vida e não vida, com interesses próprios desse ser intermédio, o que, penso, está fora de cogitação no âmbito da dignidade de um debate sério.

perante a realidade, dando lugar, respectivamente a juízos de realidade e juízos de valor [...]” (REALE, 2001, p. 95). Em vez do *dever ser* ocupar o seu espaço de *instrumento do espírito para a percepção da realidade*, o resultado é o oposto, qual seja, a contaminação da realidade pela projeção de um objeto ideologizado sobre ela, com se fosse um juízo de valor. A estrutura da realidade transforma-se, então, em um coadjuvante do protagonismo das vontades humanas.

Com toda a variedade de oferta de novos direitos à disposição na imensa prateleira da criativa imaginação dos juristas, e na iminência do Supremo Tribunal Federal julgar a ADPF 442, espera-se que o presente de aniversário pelos 30 anos da Constituição Federal venha de uma decisão mais criteriosa do que a escolha cotidiana de uma cerveja no supermercado.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANTUNES, Denise. Mais uma vez: Aborto, Vozes, Morte e o Direito à Privacidade. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, ano 17, n. 75, maio-jul. 2017.

CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva: introdução à teoria dos quatro discursos*. Campinas: Vide Editorial, 2013.

_____. *A nova era e a revolução cultural: Fritjof Capra e Antonio Gramsci*. 4. ed. Campinas: Vide Editorial, 2014.

DAL CANTO, Francesco et al. Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais. In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Org.). *Os novos direitos*. Tradução de Alessandro Landini et al. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

DALRYMPLE, Theodore. *A vida na sarjeta: o círculo vicioso da miséria moral*. Tradução de Marcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Tradução de Sandra Escobar. Coimbra: Edições 70, 2007.

HACKING, Ian. *The taming of chance*. 11. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Tradução de Carlos Henrique Pisardo. São Paulo: Unesp, 2015.

KUBY, Gabriele. *The global sexual revolution: destruction of freedom in the name of freedom*. Tradução de James Patrick Kirchner. [s.l.]: LifeSite, 2015.

NYQUIST, Jeffrey. *O tolo e o seu inimigo: contribuição para uma metafísica do mal*. Trad. Tradução de Alessandro Cota. Campinas: Vide Editorial, 2017.

OLIVEIRA, Elton Somensi et al. Laicismo e laicidade no Direito. In: DIP, Ricardo; FERNANDES, André Gonçalves (Coord.). *Laicidade, laicismo e secularização*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PORTER, Theodore. *Trust in numbers: the pursuit of objectivity in science and public life*. Princeton: Princeton University Press, 1995.

QUEIRÓS, Eça de. *Os Maias*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Verdade e conjectura*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias (dialética erística); introdução, notas e comentários por Olavo de Carvalho*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SHAPIN, Steven; SCHAFFER, Simon. *Leviathan and the air-pump – Hobbes, Boyle and the experimental life*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOKAL, Alan; BRICMONT, Jean. *Imposturas intelectuais*. Tradução de Max Altman. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016. (Edições BestBolso).