



UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO SEMIÁRIDO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS
CAMPUS MOSSORÓ
CURSO DE DIREITO

MONIQUE STEFHANY SILVA FERREIRA

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO DESCONSTITUIÇÃO DO SER: UM
ESTUDO JUSFILOSÓFICO SOBRE A VIDA**

MOSSORÓ/RN

2022

MONIQUE STEFHANY SILVA FERREIRA

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO DESCONSTITUIÇÃO DO SER: UM
ESTUDO JUSFILOSÓFICO SOBRE A VIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal Rural do Semiárido (DACS/UFERSA) como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

Orientador: Prof. Dr. José Albenes B. Junior.

MOSSORÓ/RN

2022

© Todos os direitos estão reservados a Universidade Federal Rural do Semi-Árido. O conteúdo desta obra é de inteira responsabilidade do (a) autor (a), sendo o mesmo, passível de sanções administrativas ou penais, caso sejam infringidas as leis que regulamentam a Propriedade Intelectual, respectivamente, Patentes: Lei nº 9.279/1996 e Direitos Autorais: Lei nº 9.610/1998. O conteúdo desta obra tomar-se-á de domínio público após a data de defesa e homologação da sua respectiva ata. A mesma poderá servir de base literária para novas pesquisas, desde que a obra e seu (a) respectivo (a) autor (a) sejam devidamente citados e mencionados os seus créditos bibliográficos.

F3831 Ferreira, Monique Stefhany Silva.
A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO DESCONSTITUIÇÃO
DO SER: UM ESTUDO JUSFILOSÓFICO SOBRE A VIDA /
Monique Stefhany Silva Ferreira. - 2022.

46 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. José Albenes Bezerra
Júnior.

Monografia (graduação) - Universidade
Federal Rural do Semi-árido, Curso de
Direito, 2022.

1. Filosofia do Direito. 2. Direito
Constitucional. 3. Direito à Vida. I. Júnior,
Prof. Dr. José Albenes Bezerra, orient. II.
Título.

Ficha catalográfica elaborada por sistema gerador automático em conformidade com AACR2 e os dados
fornecidos pelo) autor(a). Biblioteca Campus Mossoró / Setor de Informação e Referência Bibliotecária: Keina

Cristina Santos Sousa e Silva CRB: 15/120

MONIQUE STEFHANY SILVA FERREIRA

O serviço de Geração Automática de Ficha Catalográfica para Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC's) foi desenvolvido pelo Instituto de
Ciências Matemáticas e de Computação da Universidade de São Paulo (USP) e gentilmente cedido para o Sistema de Bibliotecas da
Universidade Federal Rural do Semi-Árido (SISBI-UFERSA), sendo customizado pela Superintendência de Tecnologia da Informação e
Comunicação (SUTIC) sob orientação dos bibliotecários da instituição para ser adaptado às necessidades dos alunos dos Cursos de Graduação
e Programas de Pós-Graduação da Universidade

MONIQUE STEFHANY SILVA FERREIRA

**A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO COMO DESCONSTITUIÇÃO DO SER: UM
ESTUDO JUSFILOSÓFICO SOBRE A VIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal Rural do Semiárido (DACS/UFERSA) como parte dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no curso de Direito da UFERSA.

APROVADO EM: 14/06/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Albenes Bezerra Júnior (UFERSA)
Orientador – Presidente da Banca

Prof^ª. Dra. Magda Cristina de Sousa (UFERSA)
Primeiro Membro

Prof. Reginaldo José Dos Santos Júnior (UFERSA)
Segundo Membro

À minha mãe, que me serviu de inspiração
para lutar pelos ideais em que acredito.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela minha vida, e por me ajudar a enfrentar todos os obstáculos encontrados ao longo do curso;

À minha família, por ser a minha base de vida, sem a qual não seria possível a concretização deste sonho;

À memória do professor Olavo de Carvalho, por ter contribuído grandemente para o desenvolvimento da minha personalidade e da minha vida intelectual;

Aos meus amigos, por contribuírem direta ou indiretamente para a conclusão deste trabalho;

Aos membros do Grupo de Trabalho de Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Liberdade do Instituto Eduardo Correia, a qual faço parte, pelas contribuições bibliográficas e orientações.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a questão do aborto a partir da Tridimensionalidade do Direito, por meio da qual busca-se compreender a sua natureza a partir da abordagem fática-axiológica-normativa desenvolvida pelo professor Miguel Reale. Para atingir a finalidade almejada, a pesquisa utilizou exclusivamente a análise bibliográfica, preocupando-se em manter a comunicação interdisciplinar entre as mais diferentes áreas do conhecimento, evitando, assim, reduzir a abrangência da problemática ao interesse normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito à Vida.

ABSTRACT

This article aims to analyze the issue of abortion from the Tridimensionality of Law, through which we seek to understand its nature from the factual-axiological-normative approach developed by Professor Miguel Reale. In order to achieve the desired purpose, the research used exclusively bibliographic analysis, concerned with maintaining interdisciplinary communication between the most different areas of knowledge, thus avoiding reducing the scope of the problem to normative interest.

KEYWORDS: Philosophy of Law, Constitutional Law, Right to Life.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. GÊNESE DO PENSAMENTO PRÓ-ABORTO NA SOCIEDADE MODERNA.....	08
2.1 REALISMO X IDEALISMO.....	09
2.2 POSITIVISMO JURÍDICO.....	16
2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO.....	21
3. EXISTÊNCIA PRÉ-POSITIVA DO DIREITO.....	27
3.1 DIREITO NATURAL.....	27
3.2 DIREITO CONSUETUDINÁRIO.....	31
4. TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO.....	34
4.1 VALOR.....	34
4.1.1 ATO X POTÊNCIA.....	35
4.1.2 NATUREZA HUMANA.....	39
4.2 FATO.....	41
4.3 NORMA.....	42
5. CONCLUSÃO.....	43
REFERÊNCIAS.....	45

1. INTRODUÇÃO

Antes de ser eminentemente jurídico, o debate que gira em torno da legalização do aborto é, ou deveria ser, de ordem filosófica, posto que não é possível alcançar a Justiça – aqui entendida a partir da concepção aristotélica de Bem Comum – sem antes existir um estudo ontológico do ser objeto de análise, qual seja, o ser humano.

É mister salientar que a defesa do aborto, longe de ser a solução dos problemas enfrentados pela sociedade, atua como verdadeira agravante da desordem coletiva ao se afastar da natureza própria dos seres, que estabelece o Direito Natural, e da vontade real do povo, sendo esse considerado como sujeito constituinte da comunidade política e das normas costumeiramente aceitas que instituem o Direito Consuetudinário e, posteriormente, o Direito Positivo, como se verá no desenvolvimento da pesquisa.

A argumentação daqueles que defendem a legalização do aborto colide com o interesse social acerca da questão a ser analisada no presente trabalho, isso porque o fato-problema não produz efeitos apenas na esfera individual da mulher, mas também no âmbito social, cultural e político-econômico, como nas questões de controle populacional, de eugenia, e de custos adicionais para a rede pública de saúde.

Se não bastasse os prejuízos materiais a serem suportados pela sociedade, também observamos prejuízos de ordem lógico-formal, isto porque os argumentos apresentados pelos que são favoráveis à descriminalização do aborto não são capazes de serem validados nos testes de validade das proposições lógicas, implicando, conseqüentemente, na invalidação das premissas e na inalcançabilidade dos fins visados, a saber, a legalização e a descriminalização do aborto.

Ainda, como conseqüências naturais desse processo de invalidação de premissas, temos o desperdício de tempo e de dinheiro público, que poderiam ser aplicados com maior eficiência em assuntos pertinentes ao Bem Comum; e a negação da própria realidade ontológica do Homem, ocasionadas tanto pelo uso constante e desmedido de sofismas, quanto pelo autointeresse na obtenção de fins puramente egoísticos.

Para sermos capazes de desenvolver, a partir do método indutivo, a natureza jurídica do aborto, confrontaremos o relativismo moral presente nas correntes juspositivista e neoconstitucionalista com a imutabilidade dos primeiros princípios.

Em função disso, o presente trabalho objetiva analisar a questão do aborto a partir de dois aspectos, sendo o primeiro deles a divisão do Direito entre o universal, compartilhado entre todos os povos e nações, o qual damos o nome de Direito Natural, e o consuetudinário, adstrito à realidade histórico-social de um determinado povo; e o segundo, diz respeito à Tridimensionalidade do Direito, por meio da qual estudaremos a validade do Direito Positivo a partir da abordagem fática-axiológica-normativa, desenvolvida pelo professor Miguel Reale.

Com efeito, essa análise se mostra importante no atual contexto social, político e jurídico, isto porque a norma positiva não deve ser tratada como um produto abstrato criado pela atividade legislativa ou pelos veículos de massas, fechada em si mesma e afastada da vontade popular, mas como uma representação concreta da realidade objetiva, na qual o povo, limitado pelo espaço e tempo, está inserido.

Para atingir a finalidade almejada, a pesquisa utilizou exclusivamente a análise bibliográfica, preocupando-se em manter a comunicação interdisciplinar entre as mais diferentes áreas do conhecimento, evitando, assim, reduzir a abrangência da problemática ao interesse normativo, como se as leis surgissem e se sustentassem no ordenamento jurídico a partir delas mesmas, ou melhor, de uma norma hipotética, como defende a Teoria Pura do Direito do Hans Kelsen.

Desse modo, o presente trabalho possui como fundamento o confronto dialético entre as correntes metafísicas clássicas e relativistas modernas; a análise das diferentes concepções da realidade pré-normativa que se manifesta na sociedade – e que é absorvida pelo Estado como lei positiva – e a construção indutiva da natureza jurídica do aborto por meio de uma abordagem Tridimensional do Direito.

2. GÊNESE DO PENSAMENTO PRÓ-ABORTO NA SOCIEDADE MODERNA

Antes de adentrar no assunto a ser abordado nesta pesquisa, importa discutir algumas correntes filosóficas que influenciaram – e que até hoje influenciam – o pensamento político-jurídico moderno, uma vez que o debate sobre a problemática do aborto só pode existir se compreendidas as causas iniciais desse movimento.

Para atingir esse objetivo, é necessário debater alguns tópicos, dentre eles o embate entre o realismo e o idealismo, o positivismo jurídico e o neoconstitucionalismo, que

influenciaram – em menor ou maior grau – o desenvolvimento das pautas favoráveis à legalização do aborto.

2.1 REALISMO X IDEALISMO

Nos tempos atuais, observa-se, por meio do pensamento hegemônico presente em quase todas as áreas culturais e sociais da sociedade, que uma das principais teorias filosóficas difundidas pela academia é a do relativismo/idealismo.

Modernistas consideram como um verdadeiro ultraje a defesa de uma lei de ordem natural, imutável e fixa, em detrimento de um relativismo nocivo à própria natureza humana. Avessos ao conservadorismo e aos princípios morais cristãos – sendo esses um dos pilares que sustenta a Civilização Ocidental, junto à Filosofia Grega e ao Direito Romano – relativizam valores em nome de uma diversidade de crenças e culturas. Para eles, não há certo ou errado, nem um padrão natural a ser seguido, mas apenas valores discrepantes entre tempos e lugares distintos que merecem ser respeitados.

Antes de continuar o desenvolvimento do presente tópico, é necessário denunciar dois pontos controversos no pensamento relativista: o primeiro é que os relativistas modernos não respeitam o conjunto cultural de todas as civilizações, mas apenas das que são contrárias ao cristianismo, justamente por estas serem obstáculos aos fins almejados por suas ideologias. E a explicação é simples, uma vez que o cristianismo é a única religião que além de ser monoteísta, possui uma cosmovisão universal que transcende a própria existência terrena dos seres humanos, o materialismo ideológico acaba encontrando uma certa resistência para a sua proliferação, não é para menos que os pensadores modernos, dentre eles destaca-se Karl Marx, acreditavam, que a religião era o “ópio do povo”.

Em sua Crítica da Filosofia do Direito de Hegel (2010, p. 145), Marx afirma o seguinte:

Este é o fundamento da crítica irreligiosa: o homem faz a religião, a religião não faz o homem. E a religião é de fato a autoconsciência e o autossentimento do homem, que ou ainda não conquistou a si mesmo ou já se perdeu novamente. Mas o homem não é um ser abstrato, acorado fora do mundo. O homem é o *mundo do homem*, o Estado, a sociedade. Esse Estado e essa sociedade produzem a religião, uma consciência invertida do mundo, porque eles são um mundo invertido. [...] Ela é a realização fantástica da essência humana, porque a essência humana não possui uma

realidade verdadeira. Por conseguinte, a luta contra a religião é, indiretamente, contra aquele mundo cujo aroma espiritual é a religião.

Esse pequeno trecho da obra de Marx sintetiza o que viria a ser a corrente relativista, isto porque além de apresentar o pensamento anti-religioso como uma espécie de demiurgo gnóstico, isto é, como um criador e organizador do Universo, nega a realidade ontológica da essência humana¹.

De maneira sucinta, o que Marx está querendo dizer é que o homem é o próprio deus da sua realidade, que age como um agente criador e reformulador do mundo conforme a sua vontade. Basicamente ele afirma o mesmo que o filósofo Nietzsche, quando declara tola mente que Deus – aqui entendido como uma realidade metafísica – está morto, dando lugar a ascensão de um novo conceito de homem (Übermensch), cuja existência transcenderia os valores propagados pela tradição cristã.

Sobre o poder criador do homem, Nietzsche (2011, p. 118) enuncia:

Outrora, quando se olhavam os mares longínquos, dizia-se: “Deus”; mas agora eu vos ensino dizer: “Além-Homem”. Deus é uma conjectura; mas eu quero que vossa conjectura não vá mais longe que a vossa vontade criadora. Poderíeis criar um Deus? Pois então não me faleis de deuses! Contudo podereis criar o Além-Homem. Não sereis vós, talvez, meus irmãos! Mas podeis transformar-vos em pais e ascendentes do Além-Homem; que esta seja vossa melhor criação!

O segundo ponto é que um dos argumentos defendidos pelo relativismo é auto-refutável, pois quando afirma que não há verdades ou proposições filosóficas dotadas de um valor universal e absoluto, refutam o próprio argumento. Ora, dizer que não há verdades absolutas é uma verdade absoluta. Se tudo é relativo ao lugar, à época e às circunstâncias, e se tudo o que existe depende do subjetivismo de quem os professa, podendo ser ou não acatado por pessoas de lugares e épocas distintas, por que os modernistas dão um caráter absoluto ao relativismo? Se não há verdades absolutas e se tudo depende do contexto, por que condenar as atrocidades cometidas pelo nazismo, por exemplo? Hitler defendia a ideia de uma raça pura ariana, sendo, portanto, um ideal completamente subjetivo que não poderia ser passível de julgamentos, segundo os próprios relativistas morais².

1 Quanto à realidade ontológica da essência humana, ver o capítulo 4 do presente trabalho.

2 “Aqueles que defendem o relativismo moral podem estar recorrendo a qualquer um (ou qualquer combinação) dos cinco argumentos que se seguem. Primeiramente, podem estar fazendo a afirmação metafísica radical de que as proposições morais não possuem valor de verdade singular: o valor de verdade das proposições morais é relativo às crenças dos indivíduos que as afirmam ou negam (no caso do subjetivismo moral) ou à aceitação/rejeição delas por um dado grupo de referência (no caso do convencionalismo moral). Daí, o que pode ser correto para um pode ser simultaneamente errado para um outro em semelhantes circunstâncias. Em segundo lugar, aqueles que se descrevem como relativistas morais

Essa comparação é legítima, uma vez que, assim como a vida humana possuía um valor relativo durante o regime nazista, a vida humana possui um valor relativo para os defensores do aborto, isso porque o argumento defendido por aqueles que defendem a sua legalização é justamente em “benefício” das mulheres pobres e negras, condenando-as à privação da constituição de uma família em razão das dificuldades materiais que todo ser humano está sujeito.

O argumento aqui apresentado encontra correlações na realidade, tendo em vista que são os próprios defensores do aborto que argumentam presunçosamente que “é só quem é contra o aborto não abortar”, como se a interrupção da gestação de um ser em desenvolvimento fosse um simples ato de vontade.

Para resolver esse problema que se impõe, deve-se questionar aos defensores do aborto qual é o parâmetro utilizado por eles durante a constituição do valor de uma vida. Se o nascimento de um novo ser está necessariamente condicionado às opiniões pessoais de quem o concebe, então, por analogia, tem-se que a sobrevivência de grupos minoritários também está condicionada às opiniões pessoais dos sujeitos incumbidos pela sua segurança. A validade da primeira proposição condiciona a validade da última, daí porque da comparação entre o nazismo ser completamente válida, de maneira que se a vida de um ser em desenvolvimento está condicionada à opinião da sua gestora, então a vida de um sujeito marginalizado também estará condicionada à opinião dos grupos de poder hegemônicos.

Isto posto, ou há verdades absolutas, fixas e imutáveis em razão da sua própria natureza, ou não há absolutamente nada, uma vez que tais afirmações estariam envolvidas

podem estar fazendo a afirmação metafísica completamente diferente de que ao menos alguns juízos morais são incomensuráveis: não há literalmente nenhuma verdade a respeito da matéria que tange à moralidade comparativa de certas ações. Por conseguinte, pelo menos em alguns casos, não haverá qualquer resposta quando se pergunta se uma ação que contraria a ação justificada de um outro é, consideradas todas as coisas, correta ou errada. Em terceiro lugar, e com muito mais modéstia, os que se intitulam relativistas morais podem estar simplesmente fazendo a observação empírica de que pessoas e comunidades discordam a respeito da moralidade. Em quarto lugar, podem estar exprimindo a afirmação epistemológica de que, dado o desacordo empírico em torno da verdade das proposições morais, a justificabilidade para asseverar proposições morais têm que ser considerada como relativa às crenças dos indivíduos ou grupos que fazem as asserções. Finalmente, os que defendem o relativismo moral podem estar fazendo a afirmação de cunho semântico de que não existe nenhuma linguagem comparativa mediante a qual se possa julgar o significado dos termos morais quando usados por indivíduos ou grupos que parecem discordar sobre matérias morais. O termo “correto” usado por Hitler pode ter um significado diferente do termo “correto” usado por Gandhi; consequentemente, contrariando as aparências, Hitler e Gandhi podem não ter, com efeito, acolhido quaisquer divergências morais (embora não haja nenhum meio de traduzir seus usos do termo “correto” de maneira a estabelecer a verdade ou a falsidade de tal sugestão.)” (HURD, 2003, p. 35-36)

apenas por um subjetivismo vão, instável e efêmero, de existência tão breve quanto as vicissitudes cotidianas.

Nesse mesmo sentido, discorre Platão (2011, p. 93-94):

Na minha opinião, temos primeiro que distinguir o seguinte: o que é aquilo que é sempre e não devém, e o que é aquilo que devém, sem nunca ser? Um pode ser apreendido pelo pensamento com o auxílio da razão, pois é imutável. Ao invés, o segundo é objecto da opinião acompanhada da irracionalidade dos sentidos e, porque devém e se corrompe, não pode ser nunca. Ora, tudo aquilo que devém é inevitável que devesse por alguma causa, pois é impossível que alguma coisa devesse sem o contributo duma causa. Deste modo, o demiurgo põe os olhos no que é imutável e que utiliza como arquétipo, quando dá a forma e as propriedades ao que cria. É inevitável que tudo aquilo que perfaz deste modo seja belo. Se, pelo contrário, pusesse os olhos no que devém e tomasse como arquétipo algo de veniente, a sua obra não seria bela.

Percebe-se, então, que o principal argumento do relativismo moderno desrespeita os três princípios da Lógica Clássica³, que são: 1) Princípio da Identidade, no qual o objeto deve ser pensado como tendo uma natureza imutável. Se determinada proposição é verdadeira, por exemplo, então ela não poderá ser falsa em respeito à sua própria identidade; 2) Princípio da Não-Contradição, que diz que um elemento não pode ser o contrário de si próprio ao mesmo tempo, pois se um elemento nega a si mesmo, ele se autodestrói; 3) Princípio do Terceiro Excluído, que afirma que um elemento só pode ser pensado como si próprio ou como o seu inverso, excluindo qualquer outra possibilidade ou meio termo. Por exemplo, ou há luz ou há escuridão, ou uma proposição é verdadeira ou é falsa, não existe meio-termo.

Dando prosseguimento ao trabalho, o relativismo moral surge com os ideais iluministas que dominaram a Europa durante o século XVIII, após o declínio cultural do Ocidente, ocasionado pela perda da influência que a Igreja Católica detinha.

Como esses ideais ocasionaram a ruptura entre a fé e a razão, defender a lei da natureza humana tornou-se um ato atentatório contra todos os avanços científicos; pois para

3 “Nessa disciplina, estudam-se os “princípios ontológicos”, que valem para todos os objectos, aos quais todos os outros se submetem e, portanto, também os lógicos. São eles os seguintes: 1) Todo objecto é idêntico a si mesmo — Esta é a enunciação do chamado princípio ontológico de identidade. Este princípio fundamental da Ontologia clássica o é também para a Lógica Formal. Por ora, cabe-nos apenas apresentá-lo como um verdadeiro fundamento axiomático da Ontologia e também, consequentemente, da Lógica Formal. Assim, pode ser enunciado exemplificativamente: este livro é este livro; esta mesa é esta mesa. Para a Ontologia tradicional e para a Lógica Formal, este livro, formalmente, só pode ser ele mesmo; é idêntico a si mesmo. Deste princípio fundamental decorrem outras consequências, que são dadas, em geral, como princípios ontológicos e, portanto, também lógicos: 2) Nenhum objecto pode ser ao mesmo tempo ele e não ele. Princípio ontológico de não-contradição. Enuncia-se dizendo que A não pode ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto Não-A. 3) Todo objeto tem que ser A ou não A. Isto é: Este objecto é livro ou não é livro. Princípio ontológico de terceiro excluído, pois exclui um intermediário entre ser e não-ser.” (SANTOS, 1959, p. 24)

os modernistas, o conceito de natureza humana seria puramente teológico e que, portanto, deveria ser ignorado pelos debates acadêmicos, uma vez que toda a natureza humana não passaria de uma construção cultural idealizada pela classe dominante a fim de manter as classes inferiores sob o jugo da submissão social.

Nestes termos:

A modalidade enfim: implica numa coerção ininterrupta, constante, que vela sobre os processos da atividade mais que sobre seu resultado e se exerce de acordo com uma codificação que esquadrinha ao máximo o tempo, o espaço, os movimentos. Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. [...] O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Formase então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadrinha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina. A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”. (FOUCAULT, 1987, p. 118-119)

Ou seja, de acordo com o pensamento foucaultiano, a regulação das disposições normativas possui como único objetivo manter as engrenagens do sistema de dominação, de modo que as classes inferiores poderiam ser exploradas ao bel prazer da classe dominante.

Desse modo, tem-se que para o pensamento acadêmico majoritário, as relações humanas seriam apenas extensões de um jogo de poder político-ideológico, não existindo nenhum resquício de objetividade em suas manifestações. Em razão disso, podemos concluir que o atual pensamento jurídico foi construído em cima de uma subjetividade ideológica, e não objetivamente natural.

Expliquemos. Se todo o conjunto normativo de uma determinada sociedade é um elemento puramente cultural e se, segundo o relativismo moral, todas as culturas são qualitativamente idênticas, então temos que não seria possível advogar em favor de classes minoritárias, uma vez que se não há valores melhores ou piores do que outros, então não seria possível afirmar objetivamente os direitos de determinados grupos.

Por isso, reconhecemos a objetividade do Direito Natural, ainda que os seus princípios ainda não tenham sido reconhecidos e positivados pelo Estado Moderno.

Podemos constatar, então, que o conceito da natureza humana é natural e pode ser apreendido por meio da atividade intelectual, uma vez que a filosofia aristotélica-tomista desenvolve a ideia de que a razão é o elemento que distingue o homem dos animais e que o permite agir em busca de seus fins, elevando-se acima do nível instintivo.

Em suas ações, o ser humano possui um propósito racional, assim como é capaz de compreender se os seus fins são objetivamente bons ou não por meio da razão e da utilização do livre arbítrio na escolha do que realmente é conveniente. Para São Tomás de Aquino, a conduta moral é a conduta em conformidade com a razão correta, sendo que esta além de compreender o bem objetivo para o ser humano, ainda declara quais são os meios aceitáveis para a sua efetiva consumação.

Frisa-se que a objetividade é importante para o conceito de Lei Natural, pois é ela quem determina o valor do que é bom para o ser humano, sendo este valor medido pela concretização daquilo que é melhor para a sua espécie, ressaltando-se, dessa maneira, a harmonia entre o objetivo alcançado e a própria natureza humana. Por outro lado, o ruim a ser evitado seria o impedimento dessa realização, fazendo com que o ser humano regresse a um nível dissonante com o seu propósito natural. Esse conceito confronta-se com o utilitarismo filosófico que, por meio de um viés subjetivo, reduz a verdadeira felicidade à satisfação dos fins estipulados pelas próprias pessoas de acordo com as suas escalas de valores.

Alguns valores presentes em civilizações antigas estão conservados até hoje, comprovando o caráter de universalidade e imutabilidade de princípios morais que condicionam a evolução da espécie humana e o desenvolvimento do seu próprio bem-estar. A grande questão a ser discutida é: será que há alguma possibilidade desses valores deixarem de ser valorizados nas sociedades posteriores? Será que o homicídio deixará de ser generalizado como algo ruim e passará a ser tolerado socialmente? Será que o aborto será legalizado e visto como um método anticonceptivo e não como assassinato? A resposta não é precisa, pois estará condicionada ao tratamento dado pela sociedade à ordem natural. Se o agrupamento social compreende o funcionamento dessas normas e as valoriza, será possível entender a verdadeira essência da Justiça e constatar que a Felicidade e o Bem-Estar do homem estarão assegurados, caso contrário, existirá apenas a supressão dos mais vulneráveis em detrimento dos devaneios volitivos dos mais fortes.

Direitos naturais, como a vida, a propriedade e a liberdade, são inerentes ao homem, e existem independente da posituação do Estado, como se verá no próximo capítulo, por isso,

enquanto o ser humano conhecer a sua própria natureza, nunca será escravo, nem vítima, de agentes totalitários – ainda que não falte tentativas para isso.

Enquanto a filosofia relativista estiver em voga, atrocidades ainda serão cometidas em nome de uma moralidade subjetiva. Ademais, o relativismo permitiu que os intelectuais destruíssem a moral e passassem a defender a expropriação dos mais ricos em benefício dos mais pobres; o desarmamento civil, que apenas favorece a ascensão de governos totalitários ao poder; o poder de escolha por parte do Estado de quem merece viver ou morrer; sendo a legalização do aborto apenas mais uma pauta remodeladora do estado natural da realidade que se impõe.

A fim de introduzir o presente tópico no objetivo inicialmente proposto, importa mencionar que o aborto era uma prática legalizada pelo regime nazista do 3º Reich, cujo objetivo era o de diminuir progressivamente a taxa de natalidade dos grupos sociais marginalizados e perseguidos, como os judeus, os negros e os ciganos; e de acelerar o crescimento e a manutenção da população ariana.

Ao passo que o regime nazista incentivava arbitrariamente o aborto eugênico como um método de erradicação das ‘raças impuras’, as arianas recebiam todos os recursos médicos disponíveis para o bom desenvolvimento das futuras gerações do Estado Nazista.

Conclui-se, dessa maneira, que o relativismo está ligado ao utilitarismo de tal forma, que as decisões tomadas pelo poder hegemônico serão sempre aquelas que possuírem uma certa utilidade aos interesses últimos do ente estatal, dando ensejo ao uso do jargão popular do “os fins justificam os meios”.

Dito de outra forma, pouco interessa os valores morais⁴, o que importa é que os objetivos políticos serão atingidos, nem que para isso as pessoas em desenvolvimento embrionário – nascituros – sejam assassinadas.

4 Sobre a falta de interesse que o pensamento moderno possui em relação à ordem moral, o jusfilósofo Michel Villey diz o seguinte: “Dirão que é pouco. Que importa a moral? Empanturrados de ciência, preferimos a psicologia, a sociologia, que teriam a vantagem de tratar de realidades efetivas. Será que ainda vale a pena hoje ler tratados de moral? Kant nos subjugou: interior, ditada de Razão, feita de regras inconsistentes ("o Imperativo categórico"), pura de qualquer coerção vinda do exterior, sua moral é desencarnada. Para um Aristóteles, a moral não é só "ideal". As virtudes são realidade: a prova disso é que ele as observa na vida social, realizadas, se bem que de modo sempre imperfeito, presentes nos costumes (*Ethiká*); os "bons costumes" - *bani mores* - do povo romano.” (VILLEY, 2007, p. 88).

Percebe-se, a partir dos argumentos aqui apresentados, que a defesa cega pela legalização do aborto nada mais é do que uma vontade de recriar o mundo conforme a vontade do super-homem nietzschiano, do líder de massas, ou de qualquer outro homem que se julgue superior aos demais. Por trás de todo discurso benevolente, há sempre uma vontade eugênica de criar uma raça pura de seres humanos.

Pouco importa o que a filosofia ou a ciência moderna afirmem sobre o nascituro, nada pode mudar a sua natureza essencial; mas não nos precipitemos, esse assunto será melhor trabalhado no capítulo referente à Teoria Tridimensional.

De forma didática, C. S. Lewis (2017, p. 44-45) apresenta sucintamente as consequências do relativismo moderno, senão vejamos:

O processo que, se correr solto, acabará na abolição do Homem, desenvolve-se em ritmo acelerado entre comunistas e democratas, não menos do que entre os fascistas. Os métodos podem (a princípio) diferir quanto ao uso da força, mas muitos cientistas míopes, de óculos fundo de garrafa, muitos dramaturgos populares, muitos filósofos amadores no nosso meio querem, em longo prazo, dizer o mesmo que os governantes nazistas da Alemanha. Os valores tradicionais devem ser “depreciados”, e a humanidade, moldada em algum formato novo ao bel-prazer (que deve ser um prazer, hipoteticamente, arbitrário) de algumas poucas pessoas de sorte, de uma geração de sorte, que aprendeu a fazê-lo. A crença de que podemos inventar “ideologias” ao bel-prazer, e o tratamento consequente da humanidade como meros *υλη*, espécies, arranjos, começa a afetar até mesmo nossa linguagem. Uma vez que tenhamos matado os homens do mal passaremos a liquidar os elementos antissociais. A virtude se tornou integração; a diligência, dinamismo, e os meninos, que têm potencial de assumir um cargo importante numa comissão, são “bom material de liderança”. O mais maravilhoso de tudo é que virtudes como parcimônia e temperança, e mesmo inteligência comum, tornaram-se resistência às vendas.

Em suma, para os relativistas, os seres humanos não passam de meros instrumentos a serem utilizados e posteriormente descartados, tão logo os objetivos políticos sejam alcançados.

2.2 POSITIVISMO JURÍDICO

Dando continuidade ao trabalho, é de suma importância compreender o movimento positivista dentro do universo jurídico, mas antes disso é necessário inserir o positivismo na conjuntura histórica.

O positivismo propriamente dito foi desenvolvido pelo pensador Auguste Comte, no século XIX, cujo contexto se assemelha ao do relativismo, abordado no tópico anterior.

Após a Igreja Católica perder a sua hegemonia sociocultural, os pensadores e filósofos começaram a desenvolver suas teorias de modo completamente independente e alheio aos estudos clássicos. Se antes os filósofos gregos e os escolásticos se preocupavam em conhecer os primeiros princípios dos entes categóricos, a filosofia moderna se limitou ao conhecimento empírico da realidade.

Com o forte desenvolvimento das ciências naturais, percebido através das mudanças ocasionadas pela Revolução Industrial, Comte resolveu desenvolver uma doutrina capaz de superar as crises sociais decorrentes dessas transformações.

Em um contexto de instabilidade política, social e econômica, Comte desenvolveu a doutrina positivista com vistas à compreensão das novas conjecturas existentes na sociedade. Sua proposta era de garantir o progresso moral e científico por meio da observação e da decodificação das leis sociais, assim como ocorre nas ciências naturais.

Para o pensamento comteano, a ordem e o progresso sociais só poderão ser alcançados por meio de uma metodologia científica rigorosa a ser utilizada na identificação dos componentes organizacionais da sociedade.

Desse modo, o positivismo enquanto corrente doutrinária – e não como ideologia – busca compreender a realidade visível, restrita aos achados captados pelos sentidos humanos, por meio da observação do mundo através da sua finitude, tanto em relação à matéria, quanto à capacidade intelectual. Para a concretização desse objetivo, foi necessário transformar a Sociologia em um método científico, tão importante quanto a área biológica, pois enquanto esta se debruça acerca do funcionamento dos organismos naturais, aquela mantém a sua atenção nos organismos sociais, próprios da interação humana.

Para Comte, a humanidade possui 03 (três) estágios de evolução (REALE, 2005, p. 291), sendo o primeiro o teológico, no qual a realidade era explicada através dos mitos em deuses sagrados; o segundo é o metafísico, que consiste na substituição de entidades sobrenaturais por valores abstratos; e, por fim, o positivo, aquele capaz de entender e de dominar a realidade física e material através da metodologia científica.

Daí conclui-se que a época moderna está inserida no terceiro estágio, tendo em vista que os processos fenomenológicos observáveis pelos sentidos humanos e categorizados em uma metodologia científica são utilizados com vistas à marcha progressista da humanidade.

Segundo a professora Ana Luiza Rodrigues Braga (2020, p. 4):

A filosofia moderna tem origem congenial com a ciência moderna e contemporânea. O desenvolvimento espantoso da ciência a partir do século XVI deu novas tonalidades à mentalidade humana, inaugurando uma nova metodologia científica e, mais tarde, filosófica: ao racionalismo metafísico dos gregos, herdado pelos escolásticos medievais, os pensadores modernos opuseram uma abordagem empirista sobre “os fatos brutos e inflexíveis” (WHITE-HEAD, 2006, p. 15), de modo que a observação e o experimento passaram a consistir nas grandes autoridades metodológicas.

No entanto, deve-se salientar que o objetivo visado pelo positivismo encontra um obstáculo insuperável, isto porque é impossível afirmar com tamanha convicção que o percurso histórico humano é guiado por um movimento linear e de ascensão⁵.

A realidade histórica humana é marcada por idas, vindas, movimentos circulares e até cíclicos, uma vez que o porvir será sempre marcado pelas ações cometidas no tempo presente, de modo que a lei de causa e efeito seja respeitada.

Além do mais, se não controlados as paixões e os impulsos humanos, a natureza humana tende naturalmente ao conflito, derogando de vez a quimera da construção e manutenção da ordem social.

Feitas as devidas considerações iniciais, passar-se-á à análise do positivismo jurídico. Tal objeto de estudo é demasiadamente discutido, mas tão pouco compreendido pela academia, isso porque há um grande erro em sua delimitação. Muitos se restringem à afirmação de que o positivismo jurídico diz respeito apenas ao positivismo kelseniano. No entanto, apesar de ser certo dizer que Kelsen influenciou o pensamento juspositivista, não o é de forma a reduzi-lo ao positivismo normativo.

A Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen (1998, p. 47), é um estudo metodológico sobre a norma positiva e tão somente sobre ela, já que uma das suas preocupações é traçar uma linha de delimitação entre o direito e a moral, como se pode ver:

5 “Opõe-se ao conservadorismo o espírito progressista, isto é, daqueles que acreditam, ao contrário, que a História é sempre um campo em que se realiza, automaticamente, um progresso continuado, e onde, pois, o novo é sempre bom, ao contrário dos imobilistas e reacionários que admitem que o novo é sempre mau, e do verdadeiro conservador que acha que o novo poderá ser bom, se não diferir do velho. Assim sendo, podemos fixar a posição conservadora, em sentido autêntico, como aquele representado pelo Partido Conservador, no Império do Brasil, e, tradicionalmente, pelo Partido Conservador britânico. O conservador reconhece o tempo — mas como sendo passado e futuro. Não nega o passado, como o progressista — os tempos pretéritos não foram trevosos nem ignorantes. Não nega o futuro, como os reacionários: o dia de amanhã poderá trazer grandes alegrias se soubermos trabalhar.” (TORRES, 2016, p. 31)

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste.

Ressalta-se, contudo, que Kelsen não nega a existência de normas morais, mas a imutabilidade das suas causas primárias. Por não acreditar no cientificismo da metafísica, Kelsen possui uma visão moralmente relativista, como já abordado neste estudo.

Nesse sentido:

A partir dos trechos destacados anteriormente, é possível caracterizar o relativismo kelseniano como uma espécie de metaética, no mesmo sentido em que a Teoria Pura do Direito é considerada uma metaciência do direito. Em sua defesa do relativismo, Kelsen não ignora que as pessoas pautam suas vidas em regras morais, mas busca destacar que não há qualquer metodologia científica capaz de conferir a esses valores uma validade intersubjetiva. (BRAGA, 2020, p. 6)

Em termos práticos, o único interesse de investigação do Kelsen é a norma, daí porque da sua obra representar a escola do positivismo normativo, da qual influenciou grandes juristas brasileiros, dentre eles o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Uma vez influenciada pelo pensamento positivista comteano, a teoria kelseniana restringe-se ao estudo da norma pela norma como um fim último. Quer dizer, ao considerar a norma como o único fenômeno imediatamente percebido pela experiência material humana, perde-se aquele substrato que conferiria sentido teleológico ao Direito.

Se a moral é relativa, então temos que a norma deixa de ter um caráter ordenador, com vistas ao Bem Comum e à Felicidade Humana, para ser um amontoado de normas sem sentido que orbitam pelo ordenamento apenas para importunar a vida dos cidadãos tutelados e realizar os devaneios de determinados grupos políticos.

Para ficar mais claro, suponha-se que o aborto voluntário seja descriminalizado pela atual composição do Legislativo Federal Brasileiro (2022). Nessas condições, teríamos um completo esvaziamento de um debate centrado nos principais pontos filosóficos que dizem respeito ao tema, como natureza humana, ato e potência, Bem Comum, Sumo Bem e até mesmo a definição clássica da Política, para dar lugar a um embate de achismos e de opiniões desprovidas de qualquer racionalidade, como liberdade individual – sem considerar que toda

liberdade sem responsabilidade e limitações é irresponsabilidade e imprudência –, racismo estrutural, questões de saúde e de segurança pública, e etc.

Ainda que o aborto voluntário seja descriminalizado por meio de ato legislativo – o que afasta, pelo menos teoricamente, a atuação ativista da Suprema Corte, pois só por meio de norma de idêntico valor pode se revogar uma lei vigente – o aborto não seria válido, dado que a validade de um ato jurídico não está apenas vinculado à norma positiva, mas também àquela norma natural de natureza fixa e imutável; disso se extrai a importância das teorias dos direitos fundamentais e da proibição do retrocesso social⁶, como forma de resguardar os direitos essenciais à natureza humana.

Como dito no início do tópico, o positivismo jurídico não se limita ao positivismo normativo, subdividindo-se, portanto, em positivismo lógico, que estuda a validade das proposições jurídicas, tendo como um de seus grandes expoentes brasileiros o Lourival Vilanova, o positivismo sociológico, que foi influenciado pela Escola Histórica, cujo principal representante foi o Savigny, e outras correntes positivistas.

Já encaminhando para o término deste tópico, é de grande importância fazer alguns apontamentos acerca do positivismo sociológico. O primeiro deles é que este positivismo específico identifica a fonte do Direito nas bases sociais e históricas de um determinado povo, e tão somente nelas.

O grande erro do positivismo, enquanto gênero, é a sua metodologia focada na unicidade do instrumento por meio do qual o objeto é estudado. Por exemplo, ao considerar os costumes de um povo como única fonte de produção do direito, corre-se o risco de permitir o cometimento de práticas contrárias ao bom senso, como o canibalismo praticado nas sociedades primitivas, em nome de uma falsa tolerância cultural.

Quanto ao aborto, há um certo viés positivista sociológico rondando o assunto. Quando se diz, por exemplo, que o aborto deve ser legalizado por simplesmente ser uma prática contumaz entre as mulheres mais ricas – por possuírem maior facilidade de acesso aos meios disponíveis para o ato abortivo –, nada mais é do que uma forma de reduzir a problemática e a própria ciência jurídica ao positivismo jurídico-sociológico, além de constituir uma falácia lógica.

6 Cf., por exemplo, ADI 2096/DF.

Ora, a prática reiterada de um ato ilícito não é capaz de anular a sua tipicidade⁷, pois se assim fosse, o homicídio e os crimes contra a dignidade sexual deveriam ser atípicos, frente aos números alarmantes de crimes cometidos na sociedade brasileira.

Quando se diz, ainda, que o aborto deve ser legalizado a fim de se evitar que mais crianças negras sejam cooptadas pelo tráfico de drogas, além de se tratar de um argumento extremamente racista, ao afirmar implicitamente que todas as crianças negras são criminosas, já que não há possibilidade da criança crescer como uma pessoa virtuosa, é também uma maneira reducionista de tratar o assunto, uma vez que a criminalidade deve ser resolvida por meio de políticas públicas, não pela privação do nascimento de crianças negras e pobres.

Assim sendo, percebe-se que a visão unilateral e material – no sentido de se afastar do significado transcendente do Direito – proposta pelo positivismo é extremamente prejudicial à realização do ideal de Justiça.

2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes do encerramento do capítulo, faz-se necessário discorrer em breves linhas o movimento que serviu como alicerce para a implementação e a manutenção do atual ordenamento jurídico brasileiro: o neoconstitucionalismo.

Como de praxe, iniciemos pela contextualização histórica dessa corrente que ficou conhecida como novo direito constitucional⁸.

Após o Direito Canônico perder a sua influência, largas transformações atingiram o Ocidente, cujas mudanças refletiram no modo de produção e de interpretação da dogmática jurídica. Em síntese, o momento histórico em comento foi fortemente influenciado pelos ideais liberais revolucionários, que tomaram consistência após o descontentamento do corpo social contra as arbitrariedades cometidas pelo regime absolutista.

Com a queda do absolutismo, surge a necessidade de pôr fim à anarquia que se estabelecera. A partir do desejo da superação do Antigo Regime, as forças políticas antagônicas – que, após a queda da monarquia absolutista, disputavam a hegemonia do poder

7 “Cumpre assinalar que a lei penal não se revoga por uso contrário ou por inexecução de seus mandamentos.” (JESUS, 2013, p. 113)

8 BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

vacante – não mediram esforços na tentativa de influenciarem os trabalhos destinados à construção de uma nova ordem político-institucional capaz de não só se organizar com vistas ao interesse público, como também de promover a autolimitação e a responsabilização dos seus atos eivados de ilegalidade.

Em vista disso, tem-se que essa necessidade, consubstanciada nos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, foi determinante para o desenvolvimento do Estado Moderno, tal como o conhecemos atualmente.

Teorias como a separação dos poderes, de Montesquieu, o Estado de Direito estritamente legalista dos liberais, a democracia direta, de Rousseau, e tantas outras, não só permitiram que esse momento de transição fosse possível, como também influenciaram o pensamento moderno até os dias de hoje – ainda que algumas dessas teorias sobrevivam no imaginário popular como uma ideologia, e não mais como uma doutrina política⁹.

Para os propósitos deste trabalho, importa mencionar que foi em razão da concepção do Estado de Direito estritamente legalista que o positivismo normativo encontrou assento, isso porque ambas doutrinas permaneceram adstritas à lei positiva.

9 “[...] a ideologia, normalmente, e no sentido corrente da palavra, é, habitualmente, a expressão de estados afetivos e de ressonâncias emotivas, a partir de uma situação social. Uma ideologia, apesar do que aparenta o nome, não é um sistema coerente de ideias, mas, na verdade, a cristalização, mais ou menos conceitual, das maneiras de sentir e apreciar de uma comunidade qualquer. [...] As pessoas impelidas por uma ideologia não raciocinam – irritam-se quando alguém procura mostrar a falta de consistência de sua posição ideológica. Em certos casos, não podemos provar a falta de fundamento de uma ideologia (caso da crença no progresso – não temos meios de demonstrar que o futuro será isto ou aquilo). Em outros, como no caso de regimes políticos, podemos argumentar – em pura perda, afinal. Ora, se hoje cuidamos demasiado de ideologias, esquecemo-nos de que, acima de tudo, importam as doutrinas. Não é necessário que tenhamos uma ideologia; até que, muitas vezes, estas são inconvenientes. Mas devemos ter uma doutrina. Mesmo que se funde sobre uma base indemonstrável, a doutrina é articulada racionalmente, de acordo com os princípios da Lógica. [...] É o caso da democracia. Como ideologia, a democracia é um estado de espírito, geralmente de conteúdo afetivo, sem fundamentos racionais, mas inspirando amor e dedicação. É a Democracia do Contrato Social, da Marselhesa, dos “soldados do ano II”, dos velhos discursos nossos conhecidos... Funda-se em posições não demonstráveis, ou mesmo falsas, como, por exemplo, a “soberania do povo”, ou de que a vontade geral é necessariamente boa, e muitos outros ideais. Rousseau não provou suas teses – mas durante gerações os homens aceitaram tranquilamente que, em “estado natural”, o homem vivia só e livre, a sociedade nascendo da abdicação destas liberdades individuais prévias. Para muita gente, até hoje, o povo deve escolher o melhor, e que a escolha popular não pode, necessariamente, conduzir senão à liberdade. Esta crença prevalece apesar dos exemplos em contrário e, mesmo, a observação de um dos mais inteligentes representantes do liberalismo radical em nosso tempo, o filósofo Alain, que nos lembra que o tirano pode ser eleito por sufrágio universal. Por outro lado, há uma doutrina da democracia, racionalmente fundada, que estabelece um corpo de argumentos para provar que o bem comum é o objetivo da política e que o governo deve fundar-se no consentimento dos governados... Este exemplo, entre a ideologia democrática, de Rousseau e outros, e a doutrina democrática, como estabelecida, por exemplo, por Francisco Suárez, mostra muito bem como pode ser claramente feita a distinção entre ideologia e doutrina... A proliferação das ideologias constitui um dos males de nosso tempo.” (TORRES, 2017, p. 23-26)

Dito isto, tem-se que o apego excessivo ao texto positivado e a negação de valores morais permitiram que anomalias político-jurídicas começassem a surgir ao longo da história, como os regimes nazista e fascismo italiano¹⁰.

Objetivando resolver o problema do vácuo axiológico criado pelo positivismo jurídico¹¹ é que surgiu o movimento conhecido como neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, cujas ideias foram influenciadas pelo espírito democrático que começara a surgir após o fim da 2ª Guerra Mundial.

No contexto brasileiro, por outro lado, a influência que o neoconstitucionalismo passou a desempenhar em nosso ordenamento jurídico é um pouco mais recente, uma vez que o processo que ficou conhecido como redemocratização da sociedade brasileira é datado de meados da década de 1980.

O novel movimento possui um tipo de carga valorativa que o diferencia do positivismo, mas, apesar do aceno aos trabalhos filosóficos, nega a transcendência e a imutabilidade desses mesmos valores, em contraposição ao jusnaturalismo clássico¹².

Dito isto, tem-se que o neoconstitucionalismo é determinado não pela busca daqueles valores imutáveis e caros à humanidade, como Justiça e Equidade, mas por uma teoria

10 “O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. [...] A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.” (BARROSO, 2005, p. 3)

11 “Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.” (BARROSO, 2005, p. 4)

12 “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.” (BARROSO, 2005, p. 4-5)

principiológica extraída do próprio texto constitucional, cuja interpretação deve ser moldada sempre que necessário for, por meio de correções interpretativas em seu núcleo axiológico.

Urge esclarecer que o neoconstitucionalismo não se confunde com o método hermenêutico da interpretação extensiva, isto porque a integração da norma por meio dessa técnica tem o intuito de atingir apenas o verdadeiro sentido normativo idealizado pelo legislador quando da feitura da redação, cuja literalidade foi prejudicada em razão de falhas semânticas. Nesse sentido, tem-se que a interpretação extensiva apenas garante o devido entendimento do conteúdo já disciplinado pelo ordenamento jurídico, sem manter as pretensões arbitrárias de inovar juridicamente, como ocorre na corrente pós-positivista.

Em sua tese de doutorado, o Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão (2012, p. 105-106) defende o seguinte:

Essa ênfase dada aos princípios tem a ver com o modelo *Brown* endossado como padrão judicial pelo Neoconstitucionalismo. Como se viu, no caso *Brown v. Board of Education*, que pôs fim à segregação racial nos Estados Unidos, a Corte Warren afastou o entendimento de que as cláusulas constitucionais deveriam ser compreendidas de acordo com o compromisso firmado em sua ratificação, interpretando a décima quarta emenda constitucional como um princípio abstrato à igualdade, o que possibilitou uma leitura moral da Carta Magna e resultou em uma decisão profética, nos dizeres de Bruce Ackerman. A décima quarta emenda, portanto, foi interpretada como um princípio de moralidade política que estabelece um parâmetro normativo geral, autorizando a reforma das normas jurídicas contrárias aos valores nele identificados. Essa concepção abstrata dos princípios que inspira o Neoconstitucionalismo. A preferência por princípios em detrimento das regras revela outro indício de que a dimensão da adequação é colocada em segundo plano pelo Neoconstitucionalismo. Partindo da classificação elaborada por Humberto Ávila, é fácil perceber que essa escolha normativa tem como efeito realçar os elementos substantivos da decisão, ao mesmo tempo em que diminui a importância do passado institucional para a solução dos casos presentes. [...] De acordo com o referido autor, as regras, além de descreverem com antecedência os fatos que são relevantes, possuem pretensão de decidibilidade, o que significa que o legislador ponderou as razões para a solução dos dilemas apresentados nas situações antevistas pela norma e decidiu os efeitos jurídicos para aqueles fatos. A forma concreta como as pessoas devem agir para produzir ou evitar tais efeitos fica previamente estipulada pela regra, forçando o agente a levar em consideração as razões normativas na definição de seu agir prático.

A principal crítica ao neoconstitucionalismo é de que os princípios não podem ser igualados às normas, tendo em vista que os princípios nada mais são do que a estrutura inicial de um argumento propositivo, isto é, o seu ponto de partida. Por exemplo, o princípio que dá fundamento ao direito à moradia é a dignidade humana, assim como o que deu razão de existir ao holocausto foi a busca pela efetivação do princípio da eugenia. Dessa forma, temos que o princípio é o estágio inicial para o desenvolvimento da coisa desejada, não o inverso.

Nesse sentido:

Ao contrário das regras, que estabelecem de antemão o que deve ser feito, os princípios exigem que o intérprete faça uma análise de correlação entre os efeitos das condutas a serem adotadas e a realização do estado de coisas exigido. Ou seja, cabe ao intérprete decidir como as pessoas devem agir para promover os valores subjacentes aos princípios. Não há consequências imediatas. Elas são construídas pelo intérprete. Por esse motivo Humberto Ávila (2008, p. 76) afirma que *“as regras assumem caráter retrospectivo (past-regarding), na medida em que descrevem uma situação de fato conhecida pelo legislador; ao contrário dos princípios, que possuem caráter prospectivo (future-regarding), já que determinam um estado de coisas a ser construído”*. (GALVÃO, 2012, p. 106)

Por mais criticável que seja a corrente positivista, uma vez que age em desconformidade com a ordem metafísica da realidade, é certo afirmar que a vinculação à situação prevista pelo legislador confere uma maior segurança à ordem jurídica e uma previsibilidade nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre com a mutabilidade hermenêutica constitucional que se verifica com certa periodicidade, seja em razão de mudanças na composição colegiada da Suprema Corte, seja pelo contexto histórico que se apresente ou simplesmente pela livre deliberação dos magistrados em detrimento da participação popular democrática.

Quanto à liberdade atribuída aos magistrados, temos:

O Neoconstitucionalismo, ao identificar princípios e regras abertas como casos centrais da prática jurídica, faz uma opção inequívoca pela dimensão da justificação. Os autores dessa doutrina jurídica buscam se esquivar de constrangimentos institucionais para adotar um modelo voltado para a substância das decisões judiciais, seja por uma atuação mais agressiva da jurisdição constitucional ou pela positivação de normas que exigem uma maior participação do intérprete em sua aplicação. Não se está defendendo que as regras sejam opções superiores aos princípios: todo ordenamento jurídico é essencialmente híbrido e toda norma deve ser cuidadosamente cunhada para melhor servir à sua finalidade subjacente. O Neoconstitucionalismo, entretanto, parece defender que as questões sejam preferencialmente decididas pela via judicial, minimizando a importância dos procedimentos políticos de tomada de decisão. (GALVÃO, 2012, p. 108)

Depreende-se, dessa maneira, que os princípios não possuem qualidades intrinsecamente consideradas, de modo que este conjunto principiológico atua como um meio de legitimação da existência de um outro ente categórico a ser moldado pelo *animus* do intérprete.

No fim das contas, tem-se que os intérpretes atuam sob a influência gnóstica do poder criador conferido pelo demiurgo, criando e modelando a sociedade conforme a sua própria

vontade – uma vez que se julgam em uma posição de superioridade em relação aos demais agentes do corpo social¹³.

É em razão dessa superioridade camuflada de notório saber jurídico, bem como dessa vontade desenfreada de não só buscar, mas de tentar remodelar o estado atual das coisas – não por meio de decisões deliberadas no seio do organismo social¹⁴, mas de decisões monocráticas ou colegiadas de uma dúzia de magistrados – que o ordenamento brasileiro passou a admitir a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos¹⁵, assim como a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação¹⁶.

Contudo, a validade do substrato moral de uma norma positiva não pode ser condicionada ao texto constitucional, muito menos ao valor axiológico deduzido a partir delas, pois corre-se o risco de aberrações humanitárias serem cometidas em nome do respeito às normas, aos princípios e/ou às instituições¹⁷.

Conclui-se, portanto, que não é possível defender uma hermenêutica teleológica apartada da noção da metafísica, tendo em vista que os valores intrínsecos ao ser humano são imutáveis em razão da sua própria natureza, pouco importando as mutações interpretativas que lhe são conferidas pelos intérpretes judiciais.

Dito de outra forma, o ser humano possui atributos essenciais em qualquer lugar que se encontre, independentemente de qual seja a situação jurídica conferida pelo ordenamento do país de domicílio, de modo que as atualizações hermenêuticas só podem ocorrer se, e

13 Cf. tópico 2.1 deste capítulo.

14 “Em uma sociedade plural, em que seus membros discordam profundamente sobre temas morais, os contornos dos direitos devem ser delineados por meio de um processo político de deliberação democrática. Somente nos casos em que a concepção legislativa adotada não preenche os requisitos mínimos de nenhuma concepção de direitos consistente, ou seja, quando se tratar de uma legislação de cunho autoritário ou preconceituoso, é que se mostra possível a intervenção judicial para sanar o deslize dos representantes políticos. Tais situações devem ser excepcionalíssimas. A declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo deve ser encarada pelos agentes públicos como uma reprovação grave que merece maiores reflexões e cautelas tanto por parte dos cidadãos quanto pelos políticos, e não como algo ordinário e banal.” (GALVÃO, 2012, p. 186).

15 Cf. ADPF 54.

16 Cf. HC 124.306-RJ/STF.

17 Apesar de Ronald Dworkin ter desenvolvido uma teoria em defesa da ordem interpretativa principiológica, ele acreditava que era necessário estipular um limite valorativo de interpretação. Nas palavras do Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão: “[...] na visão de Dworkin os juízes somente podem invocar princípios que moralmente justifiquem os *compromissos já estabelecidos pela sociedade* para decidir os casos judiciais. Qualquer outra razão não jurídica que motive uma decisão judicial torna-a ilegítima.” (GALVÃO, 2012, p. 113). O problema do presente argumento é que é possível existir ordenamentos jurídicos sob a falsa aparência de legalidade, exigindo o efetivo cumprimento da lei em nome da obediência ao direito posto. Tal problemática só pode ser superada por meio do reconhecimento de valores objetivos, imutáveis e universais, aptos a vincularem até mesmo as normas positivadas pelo Estado.

somente se, os critérios objetivos apontados pela norma de validade universal forem atendidos.

Quanto à legalização do aborto pela via judicial, não é possível conferir a capacidade de interpretação aos juízes investidos de jurisdição em nome de uma valoração aberta a ser aplicada sob o jugo da ponderação de princípios.

3. EXISTÊNCIA PRÉ-POSITIVA DO DIREITO

Dando prosseguimento, o presente capítulo se ocupará da análise substancial das realidades pré-normativas que fundamentam o ordenamento jurídico positivo, cujo alcance não só atinge as diretrizes adotadas pelo poder legiferante, mas também os comandos que norteiam os trabalhos do poder incumbido de fazer a aplicação das normas aos litígios apresentados ao ente estatal.

A compreensão dessas realidades será importante para o desenvolvimento da teoria acerca da natureza do aborto a partir de uma análise Tridimensional do Direito.

Ressalta-se, todavia, que a finalidade deste capítulo é tão somente desenvolver uma ideia inicial do direito natural e do direito consuetudinário, cujas discussões pormenorizadas serão devidamente tratadas no próximo capítulo.

Feitas as devidas considerações, passar-se-á a análise dessas realidades categóricas.

3.1 DIREITO NATURAL

Para atender os fins visados por esta pesquisa, deve-se buscar compreender primeiramente o fenômeno jurídico não como uma realidade posta, isto é, como uma realidade ficta e cultural, construída pela livre vontade humana, mas como uma realidade dada por uma ordem natural, superior e metafísica, inerente ao homem, cuja finalidade precípua é servir como um parâmetro ordenador da vida em sociedade para o efetivo cumprimento da vocação individual que possuímos.

Nesse sentido, o presente capítulo tem o objetivo de fundamentar a existência de uma ordem jurídica, natural, superior, fixa e imutável capaz de vincular todo o funcionamento não só das substâncias categóricas de ordem física, como a gravidade, a velocidade e a pressão, mas também das criações humanas de natureza abstratas, como o ordenamento jurídico.

Preliminarmente, pugnamos pela classificação do Direito Natural como sendo, inicialmente, um pressuposto de existência da ordem jurídica positiva, de modo que as potencialidades e as características inerentes ao ente objeto de normatização estejam direcionadas à criação e ao desenvolvimento das normas cogentes.

Nesse sentido, José Pedro Galvão de Sousa (1977, p. 5) disserta:

É a lei que estabelece o que é justo e determina os direitos subjetivos. Mas as leis não podem ser elaborados arbitrariamente pelo legislador. Há uma justiça anterior e superior à lei escrita, há direitos que precedem a feitura das normas estatuídas pelo poder social competente. Esta justiça e estes direitos, que não dependem das prescrições da ordem jurídica positiva, fundamentam-se na lei natural.

Para essa conclusão, é preciso considerar que o ser humano possui uma juridicidade inata¹⁸, que funciona como se fosse uma espécie de tendência natural à regulação dos seus próprios atos com vistas à preservação da espécie.

Como já debatido no capítulo anterior, as ações humanas possuem um propósito racional, cuja demonstração fática encontra sustentação na natureza racional da espécie humana. Assim, tem-se que a organização da comunidade humana não se dá de modo completamente ou parcialmente aleatória, mas de uma maneira ordenada e pré-estabelecida em razão da nossa natureza.

Ainda segundo José Pedro Galvão de Sousa (1977, p. 7):

A lei natural é conforme à natureza, *naturae congruens*. Por isso mesmo, é a *recta ratio*. Pois a natureza humana é racional e a lei natural não é mais do que a norma que diz: devemos proceder como homens, devemos agir racionalmente.

Funda-se, portanto, a lei natural em a natureza racional do homem.

18 “Se no homem ocorre o fenômeno jurídico – normas, relações, direitos –, isso é possível somente porque na própria estrutura da pessoa humana há uma juridicidade radical e básica, ou, o que dá na mesma, um núcleo radical de juridicidade natural; isto é, porque a pessoa humana está constituída entitativamente como ser jurídico, que é o que atua como capacidade ou potência do jurídico cultural. Se a realidade jurídica existe, é necessário que a pessoa humana esteja naturalmente constituída de tal modo que seja um ente que, por própria constituição ontológica, se organize para ser regulado por normas, se relacione juridicamente e seja capaz de direitos e obrigações. É impossível que o homem seja naturalmente um ser ajurídico, e que, por consequência, o fenômeno jurídico seja inteira e radicalmente apenas um fenômeno cultural; tratar-se-ia de uma criação do nada, coisa impossível para o homem. Sem esse núcleo ou dado – o dado – natural, não seria possível o fato cultural do fenômeno jurídico.” (HERVADA, 2008, p. 327).

Temos da natureza humana um conhecimento que nos vem da experiência. Essa natureza é especificamente a mesma em todos os homens. Sendo um ser composto de espírito e matéria, deve o homem, pelo seu corpo, pagar tributo às leis físicas, mas, pela razão, domina a natureza e é senhor de seus atos. Livre e responsável, está sujeito a obrigações, e a razão aponta como obrigação fundamental, a de se conformar à lei da sua natureza. Tem o homem um fim pessoal, a própria felicidade, que só pode conseguir com o auxílio dos seus semelhantes, pelo que deve viver em sociedade, respeitando os direitos dos outros homens e satisfazendo às demais exigências da vida em comum.

Ora, se é verdade que há um conjunto de leis físicas e biológicas regulando a vida humana dentro do ecossistema, por que não seria possível existir leis morais regulando a vida humana dentro da comunidade social?

A propósito, muitos afirmam que, ao dominar as leis físicas da gravidade, por exemplo, o homem dominou a natureza, mas, na verdade, o homem conseguiu apenas superar suas limitações fisiológicas – como a impossibilidade de voar *per se* – por meio das leis físicas as quais estamos submetidos. Se, por outro lado, as leis das propriedades da atmosfera terrestre não tivessem sido respeitadas, a ciência e a tecnologia não poderiam ter avançado tanto, como avançou nas últimas décadas.

Da mesma maneira que as leis das ciências exatas atuam como pressupostos de existência e de validade das inovações científicas, as leis morais atuam como pressupostos de existência e de validade do ordenamento jurídico incumbido de regular a vida social em comunidade.

Nesse ínterim, tem-se, então, que a Lei Natural tem por fim o próprio bem do ser humano, enquanto Ser, servindo de fundamento para a criação e a realização da Lei Positiva, que tem como fim a regulação da vida em sociedade¹⁹.

De maneira exemplificativa, temos que a vida é um direito natural do homem, uma vez que para o ser humano atingir a plenitude de sua existência ele necessariamente tem que estar vivo. Assim sendo, a vida é o primeiro direito natural do homem, servindo como condição para os demais direitos subsequentes.

19 “Dizemos que o direito natural é um direito essencialmente moral porque tem por fim o bem do homem enquanto homem. Ao passo que o direito positivo tem por objeto o bem humano social. É verdade que o direito natural se aplica ao homem na sociedade — e não num hipotético estado de natureza em que cada um vivesse isolado — mas ele não é um simples corolário da sociabilidade humana, como o direito positivo. E o direito positivo, embora também seja moral, pelo seu fundamento — pois se funda na lei natural — caracteriza-se por uma técnica peculiar adaptada às exigências do bem comum.” (SOUSA, 1977, p. 9)

Nesse caso, a vida é um direito natural, pouco importando a sua realidade positiva no ordenamento jurídico. Por outro lado, direitos como acesso à moradia, à água e ao saneamento básico são direitos positivos regulamentados com a finalidade de orientar a vida em comunidade e de fornecer o mínimo de condições necessárias para a subsistência dos cidadãos. Ou seja, esses direitos positivos encontram fundamentação e legitimação no direito natural à vida, cuja conclusão imediata é de que, por meio da razão, o homem tende a conservar a sua vida e a dos seus semelhantes, de modo que apenas por meio de uma existência digna é possível garantir a plena conservação desse bem tão importante.

Nestes termos:

Todas estas conclusões da lei natural resolvem-se naquele princípio generalíssimo — o bem deve ser feito e o mal, evitado. Esse princípio é de uma necessidade universal e de evidência imediata. Procurar o seu próprio bem quer dizer, para o homem, viver de acordo com a razão, isto é, conservar racionalmente a própria vida, a vida da espécie e a ordem social. Ora, essa racionalização da vida é precisamente o objeto da moral. Eis por que os Tratados de Direito Natural, que se filiam à tradição cujas idéias se procura aqui resumir, cuidam de muitos assuntos de filosofia moral. O primeiro princípio da lei natural abrange todo o campo da moral, porque regula toda a conduta humana. Sempre deve o homem pautar seus atos pelas regras da reta razão. E o objeto do direito natural coincide com o da moral, na parte em que esta trata dos deveres de justiça e da moral social. (SOUSA, 1977, p. 10)

Aliás, a Teoria Pura do Direito do Hans Kelsen mostra-se verdadeira até certo ponto, uma vez que Kelsen defende a existência de uma norma pressuposta, superior à norma positiva emanada pelo órgão legiferante.

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

Como se pode ver, Kelsen (1998, p. 136) defende a existência de uma lei superior que atua como fundamento da ordem normativa:

o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

O grande erro do austríaco é acreditar que essa norma fundamental, que dá sustentação ao ordenamento jurídico, é uma norma lógico-jurídica e não uma norma proveniente da natureza humana. Ora, direitos como a vida, a propriedade e a liberdade só

têm razão de existir se consideradas em vistas da concretização da Felicidade Humana, não sendo possível compactuar com o argumento de que a norma fundamental hierarquicamente superior não é nada mais do que uma abstração hipotética.

Se o homem é um ser social voltado à vida em comunidade, então é possível afirmar que a sua própria natureza fundamenta a existência de pressupostos a serem utilizados pela ordenação social. É verdade que o homem age em busca da manutenção da vida, seja se protegendo de ameaças ou de conflitos com outros membros do círculo social; da proteção das propriedades adquiridas com os esforços do seu corpo; e da liberdade de fazer o que bem quiser, no limite das responsabilidades impostas pelo corpo social.

Por último, também advogamos no sentido de que o Direito Natural além de ser um pressuposto de existência, também é de validade, tendo em vista que todo ordenamento jurídico só pode ser válido se os direitos naturais do ser humano estiverem sendo resguardados pelas normas positivas, daí o porquê de teorias como o positivismo jurídico-normativo estarem equivocadas em suas conclusões.

Se uma norma positiva fere de morte esses direitos naturais inerentes à natureza humana, temos que todo o ordenamento deve ser declarado inválido, emergindo daí o direito à desobediência civil.

Portanto, é a natureza humana que age como fundamento criador ou modificador das normas produzidas pelo poder legislativo e não uma norma constitucional hipotética, muito menos princípios abertos a serem valorados de acordo com a opinião do agente julgador.

3.2 DIREITO CONSUETUDINÁRIO

Por fim, cumpre abordar brevemente as características e a importância do Direito Consuetudinário para a criação da norma positiva pelo órgão legislativo estatal.

Assim como o Direito Natural, os costumes reiterados de um povo também são fontes de produção do Direito. Contudo, é importante salientar que essa criação não ocorre a partir do nada, uma vez que, ao contrário do que a teoria da razão pura do Kant afirma, o homem não é capaz de criar algo do nada por meio da sua capacidade intelectual. Ora, todo objeto observado e intuído pelo homem, só o é, em virtude da sua existência concreta em uma

realidade evidente. Isto posto, temos que o produto do nada é o próprio nada, desde que o princípio lógico da identidade seja respeitado.

De maneira mais didática, temos como uma das propriedades da multiplicação a seguinte máxima: todo número multiplicado por 0 (zero) é igual a 0 (zero), donde podemos concluir, por meio da analogia, que o produto do nada só pode ser o próprio nada.

Assim sendo, todo objeto intuído pelo homem já existe em uma realidade patente, ainda que seja uma realidade totalmente desconhecida pelo conhecimento humano; não sendo, pois, verdadeiro a afirmação de que a razão humana é fonte criadora da realidade.

Para os modernistas, a realidade tem um valor puramente lógico, cujo entendimento prévio sobre determinado objeto só pode ocorrer de maneira apriorística, iniciando e terminando no próprio ser humano. Tais categorias são desprovidas de quaisquer fundamentos objetivos de análise, tendo em vista que o objeto de estudo perde a sua essência de realidade, de concretude, para dar lugar a um método lógico de validação.

À vista disso, concluímos que a prática reiterada de condutas em um determinado agrupamento social só é possível graças à inscrição das leis naturais no espírito humano, que são acionadas intuitivamente e racionalmente como forma de garantir a segurança e o bem-estar da espécie humana durante a sua árdua peregrinação pela vida.

Depreende-se, como consequência, que o fenômeno jurídico atende a uma ordem exata de formação normativa, sendo constituída primeiramente pelo Direito Natural, em seguida pelo Direito Consuetudinário e só depois essa lei imutável, fixa e universal, que foi apreendida pela razão humana, é positivada pelo ordenamento jurídico.

De maneira sucinta, Javier Hervada (2008, p. 273-274) escreve o seguinte:

Ao longo da História, junto com a lei, tiveram importância notória e às vezes decisiva na formação das regras de direito as normas consuetudinárias, isto é, aquelas provenientes do uso constante de uma comunidade, povo ou nação, que arraigaram na consciência jurídica como normas vinculativas com a força que se atribui às leis. Historicamente falando, pode-se dizer que o costume existiu antes da lei, pois em muitas comunidades políticas o núcleo primário e básico da ordem jurídica foi constituído pelas tradições ou costumes recebidos dos antepassados ou *mores maiorum*, conforme o termo usados pelos romanos. No Digesto, narra-se quem foram os primeiros a estabelecer leis, o que, deixando de lado a inexatidão histórica dos dados ali incluídos, indica a consciência da precedência no tempo do costume sobre a lei. Quanto à Europa, o costume teve uma notável relevância tanto na Antiguidade (Grécia e Roma) como no sistema medieval do *utrumque ius* (direito canônico e direito secular), de modo que o direito realmente vivido foi em boa parte

um direito consuetudinário. A partir do racionalismo, que almejava uma ordem jurídica deduzida da razão, e o conseqüente movimento codificador – e apesar dos esforços da Escola Histórica –, introduziu-se uma influente atitude de prevenção contra o costume, cuja função e relevância nas ordens jurídicas de feitiço moderno (exceto o direito canônico) ficaram sensivelmente diminuídas.

Se as condutas humanas estão alicerçadas nos pressupostos de validade da ordem natural, então os costumes gerais estão também fundamentados nessas mesmas regras universais, devendo ser preservados pelas gerações atual e vindouras, tendo em vista o seu caráter referencial e modelador da vivência humana.

Nesse sentido, Roger Scruton (2015, p. 38) debate a importância da manutenção desses costumes enraizados na experiência humana:

No lugar de um governo centralizado, Burke elabora um argumento em prol de uma sociedade configurada de modo ascendente pelas tradições desenvolvidas a partir da necessidade natural de nos relacionarmos. As tradições sociais importantes não são apenas costumes arbitrários que devem sobreviver ou não no mundo moderno. São formas de conhecimento. Contêm os resquícios de muitas tentativas e erros conforme as pessoas tentam ajustar a própria conduta à das demais. Para usar a linguagem da teoria dos jogos, elas são as soluções descobertas dos problemas de coordenação que surgem ao longo do tempo. Existem porque dão a informação necessária sem a qual a sociedade pode não ser capaz de se reproduzir. Caso as destruamos de modo negligente, eliminaremos as garantias oferecidas de uma geração para a geração posterior. Ao debater a tradição, não estamos discutindo normas arbitrárias e convenções, mas respostas que foram descobertas a partir de questões perenes.

Essas respostas estão implícitas, compartilhadas e incorporadas nas práticas sociais e nas expectativas inarticuladas. Aqueles que as adotam não são necessariamente capazes de explicá-las e ainda menos de justificá-las. Por essa razão, Burke as descreve como “predisposições” e as defende sob o argumento de que, apesar de o capital de razão em cada indivíduo ser pequeno, há um acúmulo de razão na sociedade que questionamos e rejeitamos por nossa conta e risco. A razão apresenta-se naquilo sobre o qual nós não raciocinamos, e talvez nem consigamos raciocinar — e isso é o que vemos em nossas tradições, incluindo aquelas que em seu âmago contêm sacrifício, como a honra militar, o sentimento de pertença à família, as formas e o currículo de ensino, as instituições de caridade e as regras de boas maneiras.

A compreensão dessas realidades jurídicas pré-positivas será crucial para o desenvolvimento do próximo capítulo, isso porque o estudo da natureza jurídica do aborto deve necessariamente passar pelo exame axiológico-fático-normativo, sendo que só após essa perquirição minuciosa é que podemos ser capazes de chegar a uma conclusão sobre a sua viabilidade ou inviabilidade em nosso ordenamento jurídico.

4. TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Superados os debates iniciais, cumpre desenvolver uma análise a respeito da vida a partir de um diálogo dialético entre três fatores, quais sejam: valor-fato-norma.

Esse debate é necessário não só para a exata definição substancial do aborto, mas também para afastar a visão unilateral e restritiva da tridimensionalidade abstrata – que nada mais é do que uma visão positivista das respectivas áreas do conhecimento científico.

Temos, então, que apenas por meio de um debate orgânico, concreto e agregador destes três elementos é que poderemos, enfim, concluir a respeito da natureza jurídica do aborto, que é o objetivo central deste trabalho.

Nesse sentido, discorre Miguel Reale (1994, p. 57):

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (tridimensionalidade como requisito essencial ao direito).

A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a “implicação-polaridade” existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade).

Dito isto, passemos ao estudo Tridimensional do Direito, como veremos a seguir:

4.1 VALOR

Iniciemos, pois, a partir do aspecto axiológico, isto porque o Direito Natural é quem precede tanto o fato social, quanto a norma. Ora, são os valores que servem como parâmetros de valoração da realização dos atos humanos, sendo que é só por meio dessa valoração fática que é possível reduzir a síntese conclusiva em preceitos normativos.

Desse modo, o valor age como um parâmetro ideal das condutas humanas, vez que está relacionado ao dever-ser estipulado pela ordem natural. Em suma, é a partir do caráter referencial dessas normas que os homens podem não só garantir a manutenção da espécie humana, mas também permitir uma melhor convivência entre todos os membros do corpo social.

Vejamos, então, quais são os parâmetros ideais a serem considerados em uma discussão sobre o início da vida humana.

4.1.1 ATO X POTÊNCIA

Inicialmente, cumpre esclarecer que o domínio dessa dicotomia entre ato e potência é necessária para a compreensão não só da natureza humana, mas do nascituro em estado embrionário, tendo em vista que o conceito de natureza humana só poderá ser apreendido por meio do entendimento desse instituto.

Segundo Aristóteles (1991, pág. 27), todas as coisas são adquiridas primeiramente em potência, como condição de possibilidade, e só depois exteriorizadas em ato, depois de atendidos todos os pressupostos necessários à sua existência.

Aliás, essa é a base filosófica utilizada por muitas teorias das mais diversas disciplinas do Direito. Como exemplo, citemos a teoria do crime, cerne do Direito Penal, na qual temos a cogitação como primeiro elemento do *iter criminis*, que se retirada, desconfigurada estará a tipicidade do crime, já que a regra diz que todo ilícito penal é doloso, salvo expressa previsão legal, conforme art. 18, parágrafo único do Código Penal.

Ou seja, a cogitação do *iter criminis* nada mais é do que o crime potencial. É ele quem determina a condição de possibilidade ofensiva ao bem juridicamente tutelado, mesmo sendo um ato completamente irrelevante para o Direito Penal.

É irrelevante até certo ponto, porque se há cogitação, há também a presença do elemento volitivo. Por exemplo, se o sujeito cogita matar seu desafeto, há a presença do dolo direto, faltando apenas a consumação dos atos preparatórios e de execução para que seja possível produzir o resultado naturalístico visado, cujas consequências importarão no reconhecimento do primeiro elemento do crime, qual seja, a tipicidade.

Desse modo, pode-se dizer que a cogitação é irrelevante apenas em razão da ausência de lesividade do pensamento, mas não em razão da função que desempenha no *iter criminis*. Em outras palavras, a cogitação terá relevância na constituição do dolo direto, pois só há crime doloso se houver vontade previamente desejada (cogitação).

Contudo, ainda que o agente empregue os esforços necessários para atingir o resultado pretendido, nem toda vontade previamente desejada é capaz de produzir um fato típico, daí o porquê de Aristóteles definir a potência como uma condição de possibilidade.

Nesses termos, utilizemos como exemplo a suposta vontade que um determinado agente possui de expropriar a Lua (satélite natural); neste caso, tem-se um crime impossível por impropriedade absoluta do objeto, em razão da impossibilidade do homem de interferir na constituição do Universo. Portanto, no caso em tela, não há o que se falar em potência, vez que o resultado visado não pode ser atingido, ainda que o sujeito empregue todos os meios disponíveis ao seu alcance.

Outra analogia que pode ser feita diz respeito ao campo civil, especificamente à teoria dos negócios jurídicos. Segundo o Código Civil, os pressupostos de existência de um negócio jurídico são sujeitos, objeto, voluntariedade (vontade) e forma, sendo este entendido como meio de manifestação da vontade.

Assim como no crime doloso, o negócio jurídico só existirá se atendidos determinados requisitos, conforme preceitua a teoria da escada ponteana. Como ilustração, imaginemos um sujeito, em pleno gozo da sua capacidade civil, que deseja vender um apartamento; no caso posto, há a existência de um negócio jurídico em potencial, que se concretizará tão logo os demais requisitos estejam presentes.

Em contrapartida, a impossibilidade potencial do negócio jurídico assemelha-se ao crime impossível, posto que a inexistência do acordo de vontades deriva-se do não atendimento aos pressupostos negociais.

Partindo dessas considerações iniciais necessárias à validação do presente argumento – uma vez que resta comprovado que a noção de potencialidade do ser é fundamento basilar de vários outros institutos jurídicos – e retornando ao objeto deste estudo, é completamente ilógico defender o aborto sob o argumento de que os nascituros não são seres humanos simplesmente por serem incapazes de exprimir qualquer tipo de vontade, sobretudo em relação à escolha de viver ou de morrer ou por serem dependentes das funções orgânicas maternas.

Ora, assim como há pressupostos de existência em relação à teoria do crime e do negócio jurídico, por exemplo, há também os pressupostos necessários e imprescindíveis à concepção de uma nova vida, quais sejam: sujeitos, capacidade orgânica e forma.

De início, podemos afirmar que um ser humano é gerado por meio da ação de dois seres humanos. Contudo, não são quaisquer seres humanos, mas necessariamente seres constituídos por cromossomos diferentes, isto é, um homem e uma mulher, vez que uma nova vida só pode ser gerada pela união dos gametas masculinos e femininos.

No entanto, a mera ação sexual existente entre um homem e uma mulher ainda não é suficiente para a geração de uma nova vida, isto porque é necessário que tanto a mulher, quanto o homem tenham capacidade fértil para tanto, caso contrário, uma nova vida não poderá ser gerada, ainda que os sujeitos envolvidos no ato sexual sejam de sexos diferentes.

A ausência de capacidade fértil, ou simplesmente infertilidade, pode ser dividida em duas espécies: a temporária e a permanente. A temporária diz respeito à infertilidade previamente existente, mas com possibilidades reais de ser revertida, como exemplo, citemos o uso de anticoncepcionais para o tratamento hormonal da saúde feminina, donde conclui-se que a capacidade fértil será restabelecida tão logo o problema seja resolvido; já a permanente, por sua vez, é a infertilidade causada pela perda total da capacidade reprodutiva dos órgãos genitais, como ocorre com a vasectomia masculina, por exemplo.

Reconhecida a capacidade fértil reprodutiva, partamos para a análise do terceiro pressuposto da geração de uma nova vida humana: a forma. Ora, é sabido que a reprodução humana ocorre por meio do ato sexual, cujo desfecho dá-se por meio da fecundação do ovócito – célula germinativa presente no ovário feminino – pelo espermatozoide liberado pelos testículos masculinos durante a cópula vagínica.

Se todos esses pressupostos forem simultaneamente atendidos, então a gravidez e, conseqüentemente, o nascituro já existem em um plano potencial. Aliás, isso explica o porquê do costume adotado por muitos casais de se planejarem com antecedência para o momento da concepção do(s) filho(s).

A partir dessas proposições, depreende-se que o nascituro já tem capacidade de ser concebido, existindo, por conseguinte, como potência; até porque se duas pessoas de sexos diferentes, férteis e saudáveis, mantêm relações sexuais, é lógico que há grandes

possibilidades de uma nova vida vir a ser desenvolvida. É até absurdo cogitar a possibilidade de existirem pessoas que realmente acreditem que o resultado de uma relação sexual entre um homem e uma mulher possa ser algo diferente de uma gravidez.

Ressalta-se que a existência potencial de algum ser só é possível em razão da existência em ato do próprio ser ou de seus pressupostos fundadores. Neste caso, como estamos falando da geração de uma nova vida, temos apenas o ser enquanto pressuposto (sujeitos, capacidade orgânica e forma).

Em suma, temos que os sujeitos (homem e mulher) já existem em ato, assim como as suas capacidades germinativas. Quanto às relações sexuais, elas podem existir em potência, se o casal, por motivos variáveis, se abstém de manter relações, sendo certo que o sexo entre o casal acontecerá tão logo a causa impeditiva seja superada, quanto em ato, que nada mais é do que o próprio coito praticado em tempo real.

Portanto, temos que o ato é alguma coisa que já é e a potência é aquilo que ela poderá vir a ser, se os pressupostos de existência e de validade forem devidamente respeitados. Temos, portanto, que o ser em potência nada mais é do que as chances reais de algo se transmutar na possibilidade inicialmente manifestada.

Quando concebido, o ser em gestação já é, pois se não fosse, não teria sido concebido. A sua realidade fática é indiscutível, enquanto a aquisição da sua personalidade e o seu desenvolvimento temporal exigem o cumprimento de uma condição básica, qual seja, o nascimento com vida. Apesar da personalidade jurídica só ser adquirida com o nascimento, a vida só poderá ser desenvolvida se não for arbitrariamente interrompida, de modo que a essência humana já está presente desde o momento da concepção de um novo ser.

Quanto a isso, pugnamos pela defesa da realidade ontológica do nascituro, uma vez que a vida intrauterina é apenas o primeiro processo pelo qual o ser humano necessariamente precisa passar. Ora, antes do ser humano nascer, crescer, reproduzir-se, envelhecer e morrer ele teve que passar por todo o processo conceptivo e de desenvolvimento intrauterino.

Portanto, é ilógico afirmar que o nascituro é apenas um amontoado de células, como se a sua natureza fosse alguma coisa diferente de um ser humano. Para provar o que se alega, peguemos o exemplo de uma semente de maçã. É pacífico o entendimento de que se a semente for plantada em terra fértil, for regada e iluminada pela luz solar, em pouco tempo é

possível observar o crescimento e o desenvolvimento de uma macieira. Há quem possa afirmar e provar de que a semente de maçã possa ser capaz de germinar alguma planta diferente de uma macieira? Ainda é possível ir além, há quem possa afirmar que os frutos da árvore plantada com a semente de maçã possa ser algo diferente de maçãs?

A partir da analogia, temos que o nascituro é um ser humano em desenvolvimento, uma vez que todas as ações humanas que se materializam no campo externo só podem existir após o nascituro ter se desenvolvido adequadamente no ventre materno. Essa afirmação não é crença religiosa, mas um fato observável que não pode ser refutado por teoria alguma.

4.1.2 NATUREZA HUMANA

Temos que a natureza humana já está presente desde o momento conceutivo, uma vez que a existência de um embrião humano já é argumento suficiente para afirmar que aquele ser em desenvolvimento é um ser humano, uma vez que o fruto da reprodução de dois humanos só pode ser um outro humano.

Por já possuir natureza humana desde o momento da sua concepção, tem-se que o nascituro já é substancialmente um ser humano, enquanto que a aquisição das suas faculdades, tais como a consciência e a razão intelectual, são meros acidentes a serem obtidos com o passar do tempo cronológico.

Dito isto, o argumento de que o nascituro não é uma vida por se tratar de apenas um amontoado de células incapaz de exprimir qualquer tipo de vontade é logicamente falso, tendo em vista que o que define substancialmente a sua natureza humana não é a aquisição e o uso da sua faculdade racional, mas a sua substância que já lhe é inerente.

Ora, o ser humano só é capaz de agir conforme a sua natureza depois de atingida certa maturidade e experiência de vida, isso porque apenas por meio da aquisição de certas virtudes é possível atingir o verdadeiro conhecimento das coisas das quais incidem os atos de conhecer e de julgar, sem as quais seria impossível alcançar as finalidades mesmas dos entes, enquanto objetos de estudo.

Nesse sentido:

Ora, cada qual julga bem as coisas que conhece, e dessas coisas é ele bom juiz. Assim, o homem que foi instruído a respeito de um assunto é bom juiz nesse assunto, e o homem que recebeu instrução sobre todas as coisas é bom juiz em geral. Por isso, um jovem não é bom ouvinte de preleções sobre a ciência política. Com efeito, ele não tem experiência dos fatos da vida, e é em torno destes que giram as nossas discussões; além disso, como tende a seguir as suas paixões, tal estudo lhe será vão e improficuo, pois o fim que se tem em vista não é o conhecimento, mas a ação. E não faz diferença que seja jovem em anos ou no caráter; o defeito não depende da idade, mas do modo de viver e de seguir um após outro cada objetivo que lhe depara a paixão. A tais pessoas, como aos incontinentes, a ciência não traz proveito algum; mas aos que desejam e agem de acordo com um princípio racional o conhecimento desses assuntos fará grande vantagem. (ARISTÓTELES, 1991, pág. 5)

Assim como um bebê recém-nascido é incapaz de exprimir racionalmente as suas vontades, um nascituro também é incapaz de fazê-lo. Para superar essa problemática, é necessário entender que a vida humana não é um bem pronto e acabado, que permanece estático ao longo do tempo. Não, a vida é dinâmica e se transforma a cada segundo. Com isso, temos que a capacidade intelectual só é desenvolvida ao longo do tempo, assim como a própria vida e a sua matéria, que é o corpo.

Aliás, façamos breves considerações quanto ao corpo humano. O corpo humano sofre alterações desde o seu momento conceutivo. Ele começa a ser “esculpido” no ventre materno, mas o processo de transformação pelo qual passa o corpo humano é observável até o fim da vida. Quanto a isso, é pacífico o entendimento de que o corpo de um nascituro é diferente do corpo de um bebê recém-nascido, assim como o corpo deste é diferente de uma criança e assim sucessivamente. Ou seja, não se pode afirmar que o nascituro ainda não é um ser humano apenas porque o seu corpo é diferente de um bebê já perfeitamente formado, até porque todo o processo de formação inicial ocorre no ventre materno durante os 09 (nove) meses ideais de gestação.

Em suma, conclui-se que, apesar de todos os seres humanos possuírem a capacidade racional, alguns só possuem em potência, isto é, alguns Homens, enquanto gênero humano, detêm apenas a possibilidade dessa capacidade de se desenvolver. Aliás, é em razão dessa capacidade inata, mas ainda não desenvolvida ou temporariamente interrompida, que existem as faculdades de representação e de assistência (arts. 3º e 4º do CC), as excludentes de culpabilidade no âmbito penal (arts. 26, 27 e 28, II, § 1º, do CP), as circunstâncias atenuantes (art. 65, I, do CP) e causas de diminuição de pena (arts. 26, parágrafo único, e 28, II, § 2º, do CP), dentre outros institutos presentes nos diversos ramos do ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 FATO

Como visto no capítulo anterior, o fenômeno jurídico está logicamente organizado, uma vez que o seu processo constitutivo segue uma ordem exata de formação, de concatenação e de comunicação dialética, donde se conclui não só a existência de leis imutáveis que regem todo o organismo social, mas também a sua inscrição na alma humana, cuja existência inata fornece as possibilidades ao homem de evoluir adequadamente e em consonância com a sua natureza.

Assim sendo, temos que essa lei natural, imutável e absoluta pode ser acessada intuitivamente ou racionalmente pelos homens, conferindo-lhes o conhecimento necessário para o desenvolvimento de toda a comunidade social.

Temos, então, que os fatos estão condicionados aos valores pré-existentes, existindo em relação a eles, sem, contudo, com eles se confundirem, uma vez que os valores possuem a finalidade de valorar as condutas humanas, distinguindo-as por meio de uma clara hierarquia valorativa.

Nesse sentido:

Todo fato, juridicamente relevante, já se acha imantado a um valor, só é pensável em sua referência axiológica, muito embora nele exista, é claro, algo de próprio, irreduzível ao valor. O fato, em suma, é “valorado” (recebe uma qualificação axiológica), mas jamais se converte em valor. Ao mesmo tempo, por conseguinte, em que se vincula o fato ao valor, reconhece-se a recíproca irreduzibilidade. (1994, p. 95)

Como já vimos ao longo do trabalho, a vida é um direito natural por meio do qual deriva-se todos os outros direitos. Sendo que essa certeza não orbita apenas no plano metafísico, mas também no plano fático das relações sociais, tendo em vista que todas as civilizações humanas buscaram preservar a vida e a estrutura social da família, como podemos ver do seguinte excerto: “cada um, portanto, tinha grande interesse em deixar um filho, convencido de que disso dependia a felicidade de sua vida futura. Era até um dever para com os antepassados, porque sua felicidade durava somente enquanto existisse a família.” (COULANGES, 2006, p. 36).

Portanto, concluímos que essa preocupação referente à manutenção da família sempre foi uma conduta inerente ao ser humano, uma vez que a preservação da espécie por meio do

desenvolvimento da estrutura familiar é um aspecto natural constitutivo da essência humana, e que, conseqüentemente, deve ser respeitado e salvaguardado pela sua natureza mesma.

Aliás, esse é o entendimento do professor Miguel Reale, senão vejamos:

No caso, pois, das estruturas sociais, cabe observar que elas se constituem:

- a) Como correspondência a realidades ou exigências espontâneas de ordem biológica ou econômica etc., segundo a natureza das coisas (p. ex.: a família ou uma empresa).
- b) Como decorrência de atos intencionais ou volitivos instauradores de um plano ou programação racional (p. ex.: as instituições fiscais).
- c) Como expressão de uma experiência coletiva que aos poucos vai-se unificando por meio de entes dotados de certa “resistência formal” (p. ex.: um partido político).
- d) Ou, finalmente, como salvaguarda de certos valores considerados intangíveis, como os do Direito Natural. (1994, p. 107-108)

Temos que a família sempre foi tratada não só como uma entidade natural, mas, principalmente, como uma entidade mística, servindo de parâmetro de boa-aventuraça para todos os seus membros.

Muitos poderão alegar, ainda, que a vida sempre teve um valor cultural, mas esquecem que a civilização humana teve que passar por variadas etapas históricas até ser capaz de evoluir por meio de todo o conhecimento acumulado ao longo do tempo, de modo que seria anacronismo histórico considerar que o aborto praticado por tribos primitivas possuía as mesmas razões e fundamentos que o aborto dos tempos atuais.

Ora, os abortos das civilizações primitivas, por mais criticável que seja, possuíam um elemento espiritual e comunitário, uma vez que as tribos sacrificavam os bebês aos deuses, seja para abençoá-las ou para afastar qualquer tipo de maldição contra elas; por outro lado, o aborto da civilização moderna é marcado pelo forte egoísmo de uma sociedade incapaz de aceitar as responsabilidades pelos próprios atos cometidos e pelo individualismo, elemento característico de uma mentalidade ideológica e revolucionária.

4.3 NORMA

Por fim, temos o terceiro elemento da Teoria Tridimensional do Direito, que nada mais é do que a síntese dos dois aspectos anteriores.

A norma positiva deve se adequar aos parâmetros estipulados pelo Direito Natural e pelos costumes de um povo que decidiu incorporar esse conjunto de valores imutáveis, absolutos e fixos em sua vida cotidiana.

Como desenvolvido neste trabalho, o nascituro já existe substancialmente em ato, de modo que o pleno uso das suas faculdades racionais é meramente um aspecto accidental. Portanto, tem-se que o nascituro já é essencialmente humano, ainda que não seja capaz de fazer uso das suas faculdades racionais na situação em que se encontre.

Em vista disso, temos que não há alternativa a não ser proteger juridicamente a existência do nascituro e garantir os meios necessários para o seu efetivo desenvolvimento intrauterino.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que a natureza jurídica do aborto é a desconstituição do ser, ou, em outras palavras, assassinato; até porque se o nascituro já é uma vida em desenvolvimento, temos que ele já é essencialmente um ser humano, tendo em vista que o fruto de uma relação sexual entre um homem e uma mulher só pode ser a geração de um novo humano. Ou alguém é capaz de dizer o contrário? Caso haja discordâncias, é necessário que essas pessoas provem a natureza real do nascituro, sem se ampararem em narrativas falaciosas de que o nascituro não passa de uma construção cultural.

Ora, uma construção cultural é um gênero musical, uma escola de pensamento filosófica, uma corrente literária, um estilo de moda, etc. Desse modo, um nascituro não pode ser uma construção cultural, porque, quando concebido, a sua existência independe da vontade humana. Se a gravidez é o único meio natural de reprodução de seres, temos que a natureza do nascituro só pode ser algo natural, de modo que essa vida não pode ser violada por meio de ato volitivo de quem quer se seja.

Além disso, temos que o assassinato de bebê no ventre materno é derivado de uma mentalidade filosófica relativista e apartada dos preceitos naturais da nossa natureza, de modo que a sua defesa consiste apenas em uma vontade gnóstica de reformular o mundo segundo os parâmetros humanos,

Ainda, muitos poderão alegar que o presente trabalho é uma falácia de petição de princípios, contudo, é necessário expor algumas considerações a respeito dessa acusação. A princípio, provar que o nascituro é essencialmente humano é um argumento circular, tendo em vista que a natureza do nascituro deveria dispensar discussões pormenorizadas, uma vez que a sua natureza já está subentendida. Contudo, como estamos em uma época em que é necessário provar que a grama é verde, como bem falou o pensador católico G. K. Chesterton, é inevitável não andar em círculos para provar o óbvio ululante a uma geração tão irresponsável quanto a atual.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que o método científico adotado por esta pesquisa é o indutivo, ou seja, partimos de casos particulares para sermos capazes de concluir a respeito do problema aqui apresentado, qual seja, a natureza do aborto.

Por fim, temos que todas as conclusões inicialmente feitas contribuíram positivamente para a conclusão da natureza do aborto. Frise-se, portanto, que as premissas iniciais não se confundem de maneira alguma com a conclusão deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. **Relativismo moral em Kelsen**: do juspositivismo à democracia. Revista Direito GV, São Paulo, v. 16, n. 2, 2020. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201958>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/7mPgskGybfgwYLPPmMYgrFf/?lang=pt>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista De Direito Administrativo, v. 240, 2005, p. 1-42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 11 abr. 2022.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** [recurso eletrônico]. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. – São Paulo: EDAMERIS, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. – Petrópolis: Vozes, 1987.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de Filosofia do Direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto; revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HURD, Heidi M. **O combate moral**. Tradução Edson Bini. – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral – 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEWIS. Clive Staples. **A abolição do homem**. – Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2017.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leonardo de Deus. – São Paulo: Boitempo, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Tradução: Mário Ferreira dos Santos. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

PLATÃO. **Timeu-Crítias**. Tradução: Rodolfo Lopes. Coimbra: Classica Digitalia Vniversitatis Conimbrigensi, 2011.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia**: do romantismo ao empiriocriticismo. Tradução: Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005. v. 5.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Lógica e Dialética**: Lógica, dialética, decadialética – São Paulo: Logos, 1959.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador** [recurso eletrônico]. Tradução: Bruno Garschagen; Márcia Xavier de Brito. – Rio de Janeiro: Record, 2015.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **Interpretação da realidade brasileira** [recurso eletrônico]: introdução à história das ideias políticas no Brasil – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2017.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.