VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

VALMIR CÉSAR POZZETTI

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

B615

Biodireito e direito dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Nuno Manuel Pinto Oliveira; Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-463-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Biodiversidade. 3. Avanços tecnológicos. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

A obra representa a reunião de artigos amplamente discutidos numa agradável tarde de verão, na Universidade do Minho, em Braga, Portugal, por ocasião do VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito.

As discussões coordenadas pelos signatários abrangeram temas ecléticos, externados nos textos que fazem parte da obra, e que compuseram a essência do Grupo Temático Biodireito e Direito dos Animais.

A leitura dos artigos, tamanha a envergadura dos temas e a apresentação deles, dará ao leitor a certeza de que os desafios impostos nos assuntos abordados foram enfrentados de forma altaneira, coerente e rica por seus autores.

Vejamos, pois:

No trabalho “a cobrança da taxa de disponibilidade obstétrica e os direitos da paciente”, a autora Maria dos Remédios de Lima Barbosa enfrentou a questão da cobrança da taxa da disponibilidade obstétrica à luz do direito constitucional à saúde e do Código de Ética Médica, não se furtando, ainda, à questão atual da realização de partos com intervenção cirúrgica, mesmo quando o parto, chamado natural, seria condizente ao caso.

No texto “atuação da economia comportamental nas questões reprodutivas: nudges como uma possibilidade para a conscientização do aborto”, a autora Cláudia Ribeiro Pereira Nunes destacou, no âmbito de uma pesquisa empírica realizada com um corpo eclético de entrevistados, a importância da educação reprodutiva para fins de conscientização de todos sobre a questão do aborto, destacando que não basta entoar apenas a órbita da licitude ou ilicitude da prática, mas o verdadeiro conhecimento do tema, independentemente da classe social a que pertença a pessoa.

O autor português João Proença Xavier apresentou o artigo “direitos humanos e bioética - reprodução assistida: inseminação e fertilização artificial” abordando as causas da infertilidade e as técnicas de combate a ela sob a ótica dos direitos humanos. A discussão sobre o tema foi sequenciada pela apresentação de Beatriz de Lima Fernandes Gottardo, que

destacou, no texto intitulado “uma busca entre a liberdade e a dignidade: gestação por substituição e os aspectos jurídicos no direito brasileiro”, as técnicas homólogas e heterólogas de reprodução humana assistida e aspectos pertinentes do assunto nos ordenamentos brasileiro e português. O tema também foi tratado por Mariana Schafhauser Boçon, no texto intitulado “a regulação das técnicas de reprodução assistida: uma análise comparativa entre Brasil e Portugal”, trabalho esse que trouxe à tona a inexistência da regulamentação da questão no Brasil sob a ótica legislativa ao contrário do que ocorre em Portugal.

A sequência dos trabalhos ficou a cargo de dois textos condizentes ao direito dos animais. A autora Carla de Abreu Medeiros, no texto intitulado “os animais como sujeitos de direito: rompendo com a tradição antropocêntrica do direito civil” e a autora Fernanda Ferreira dos Santos Silva, no texto “xenotransplantes: a ponderação entre o direito fundamental à vida x a necessária proteção da dignidade animal”, destacaram a necessidade do trato dos animais como verdadeiros sujeitos de direitos, principalmente à vida e à dignidade, bem como a inexistência de um arcabouço normativo pleno em prol da tutela animal.

Noutra vertente, Caio Eduardo Costa Cazelatto e Valéria Silva Galdino Cardin, na obra “das restrições à liberdade de expressão frente à violação dos direitos das minorias sexuais pelo discurso de ódio”, entoaram a relatividade de direitos fundamentais, mormente quando exercidos de forma abusiva, em prejuízo das minorias, com flagrante violação à dignidade da pessoa humana e à liberdade de escolha sexual.

Por fim, Valmir César Possetti, no texto “lei de biossegurança e as controvérsias sobre o início da vida”, e Mariana Carolina Lemes, no trabalho intitulado “pacientes terminais e cuidados paliativos: terminalidade da vida, autodeterminação e limites da intervenção estatal” trataram do início e do final da vida, enaltecendo questões práticas condizentes ao trato legal, jurisprudencial e religioso acerca do assunto.

É claro que, em sede de apresentação, não há como tratar dos textos com a profundidade que a leitura deles proporcionará. Trata-se apenas de um singelo convite para que o leitor possa observar a atualidade, a riqueza e a importância dos temas e, assim, motivar-se ainda mais à apreciação e deleite dos mesmos.

Tenham todos uma aprazível leitura, o que por certo ocorrerá!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Prof. Dr. Nuno Oliveira

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ATUAÇÃO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL NAS QUESTÕES REPRODUTIVAS: NUDGES COMO UMA POSSIBILIDADE PARA A CONSCIENTIZAÇÃO DO ABORTO

THE BEHAVIORAL ECONOMY APLAYED TO REPRODUCTIVE ISSUES: NUDGES AS A POSSIBLE FORM OF ABORTION AWARENESS

Claudia Ribeiro Pereira Nunes [1]
Laura Dutra De Abreu [2]

Resumo

De acordo com as pesquisas do IBGE, realizadas no ano de 2015, mais de um milhão de abortos foram provocados no Brasil. A questão a ser discutida por este artigo é se o Nudge, en passant - “cutucadas” ou “empurrãozinho” - por ser uma ferramenta de condução não coercitiva, não impositiva a um determinado comportamento social, pode ser uma forma de intervenção adequada a organizar a conscientização do aborto. A problemática será deslindada pelo método hipotético-dedutivo com a crítica intersubjetiva na questão do aborto provocado. Daí, porque o seu estudo enseja recorrentes preocupações éticas.

Palavras-chave: Autogoverno, Autonomia, Bioética, Dignidade, Liberdade

Abstract/Resumen/Résumé

According to research conducted in 2015, more than one million abortions were provoked in Brazil. The issue to be discussed in this article is whether Nudge, en passant - "nudging" or "pushing" non-taxing - as a non-coercive driving tool to a particular social behavior can be a form of appropriate intervention to organize the abortion awareness. Hence, it will be delineated by the hypothetical-deductive method with the confrontation of facts with intersubjective criticism on abortion issue because its study prompts recurring ethical concerns.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autonomy, Bioethcs, Dignity, Freedom, Self-government

---

[1] Mestre e Doutora em Direito, Coordenadora Adjunta e Professora Permanente do PPGD-UVA, Investigadora da UCM - Universidad Complutense de Madrid (2017).

[2] Mestre e Doutoranda em Direito, Doutoranda do PPGD-UVA, Bolsista PROSUP/CAPES, Professora Universitária em diversas IES no Estado de MG, articulista e palestrante.

INTRODUÇÃO

No Brasil, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2015, mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já fizeram, ao menos, um aborto na vida. Destes, 1,1 milhão de abortos foram provocados.[1]

Com base nos dados obtidos no IBGE, é possível afirmar que a mulher, mesmo ciente de que, no Brasil, tal ato é considerado um crime, pratica o delito, quiçá por desespero, ou, segundo Mark Schweizer, porque o ser humano é irremediavelmente incompetente para fazer escolhas relativas aos seus interesses próprios e, por isso, o governo deve, se não fizer essas escolhas para os cidadãos, pelo menos direcioná-las à escolha considerada mais adequada (2015, s/p) nos termos do ótimo de Pareto.

Daí, surge a problemática estudada neste artigo que é a de entender se há como estabelecer *Nudges* - "empurrãozinho" ou "catucadas" não impositivas[2] - e os considerar como fatores de diminuição da porcentagem de abortos provocados, sem majorar penas ou limitar a liberdade de escolha em questões reprodutivas.

Neste contexto, o objetivo geral da pesquisa é o de apresentar uma reflexão sobre as possíveis aplicações dos *Nudges* como inspiradores de um pensamento político que não retrate o embate entre legalização e proibição.[3] O modelo binário, no entanto, não pode mais ser o tom de uma discussão sobre o assunto, dada as ferramentas legais disponíveis para o interprete, como a *Choice Architecture*.

Justifica-se a questão estudada porque a regulação da reprodução nesse inovador viés pode auxiliar os cidadãos, particularmente as mulheres, a adotarem condutas de menos risco, sem retirar dessas pessoas naturais sua liberdade, mote de um Estado

---

1 Ressalva-se quanto aos dados apresentados que só há três casos em que o aborto provocado é legal: quando não há meio de salvar a vida da mãe; quando a gravidez resulta de estupro; e quando o feto é anencéfalo. Estes números devem ser acolhidos com ressalvas. Pois, o IBGE estima que haja casos de abortos não notificados na pesquisa por se tratarem de uma ilegalidade. O tipo penal é o artigo 124 do Código Penal Brasileiro que prevê a prisão de um a três anos para quem pratica o aborto. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/08/21/estados-aborto-no-brasil-_n_8022824.html>. Acesso em 05 de maio de 2017.

2 Cass R. Sunstein e Christof Mölleres, em seu trabalho *The Ethics of Nudging - Nudge, en passant*, que pode ser traduzido para o português como "cutucadas" ou como a expressão "empurrãozinho" não impositivo, argumenta que existem recorrentes preocupações éticas sobre o *nudging*, relacionadas à autonomia, dignidade, manipulação e aprendizagem (2015, s/p).

3 Em 1940, com a promulgação da parte especial do Código Penal, a única discussão possível foi essa forma binária de analisar a questão. Contudo, no século XXI, tornou-se ultrapassada.

Democrático, como se autodenomina o Brasil[4]. Ressalva-se que essa investigação não tratará da questão penal ou do mérito da criminalização ou descriminalização do aborto.

A abordagem metodológica é a revisão da literatura integrada, utilizando-se o método hipotético-dedutivo pelo confronto dos fatos com a crítica intersubjetiva visando indicar quais hipóteses relativas ao tema resistem às tentativas de refutação e falseamento.

Os resultados esperados são os de, por meio da construção dessa reflexão, apresentar uma forma de substituir o contexto de polarização, por outro multilateral. Havendo evidência de que a segunda opção é realmente melhor do que a binária, a discussão sobre o contexto conduzirá, de forma propícia, a uma nova reflexão nos termos dos instrumentos da economia comportamental.

1 *NUDGE* OU "EMPURRÃOZINHO" NÃO IMPOSITIVO, *CHOICE ARCHITECTURE* OU ARQUITETURA DE ESCOLHA E PATERNALISMO LIBERTÁRIO: SUA INTERLIGAÇÃO DENTRO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A economia liberal considera que o próprio processo de evolução é capaz de solucionar erros de decisão provenientes de uma racionalidade limitada, denominada mercado. Ao contrario, a Economia Comportamental propõe-se a entender as decisões dos agentes e a modelar a solução de erros, utilizando-se da psicologia, neurociência, sociologia, antropologia, entre outras ciências sociais, acreditando, com isso, ter atingido uma solução mais realista.[5] Os economistas comportamentais buscam entender e modelar as decisões individuais e dos mercados a partir dessa visão alternativa a respeito das pessoas.

---

4 No Preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". Também, no Título I - Dos Princípios Fundamentais, em seu Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (grifo das autoras).

5 Os economistas comportamentais partem de uma crítica à abordagem econômica liberal, apoiada na concepção do "homo economicus" que é descrito como um tomador de decisão racional, ponderado, centrado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada de processar informações. Situação inimaginável em pesquisas de Economia Comportamental.

No entender da Economia Comportamental, as pessoas decidem com base em hábitos, experiência pessoal e regras práticas simplificadas, a aceitarem soluções apenas satisfatórias. Pois, buscam rapidez no processo decisório e têm dificuldade em equilibrar interesses de curto, médio e longo prazo. Outro traço que não é observado na Economia Liberal, mas passou a ser o mote da Comportamental é que as escolhas são fortemente influenciadas por fatores emocionais e pelos comportamentos dos outros. Logo, influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes afetam o ser humano em suas escolhas e devem ser, tentativamente, incorporadas aos modelos. Por isso, o método experimental é a ferramenta mais utilizada pelos economistas comportamentais em sua investigação empírica sobre esses desvios em relação à ação racional (ALEMANNO; SPINA, 2014, p. 432)

Nesta empreitada, os economistas comportamentais apresentam algumas ferramentas, como: *Nudges* e *Choice Architecture* e Paternalismo Libertário que serão os objetos de análise neste item.

1.1 Conhecendo o Nudge

Frisa-se que a ética e a política do empurrão receberam muita atenção durante os anos passados, particularmente havia dúvida quanto à legalidade das intervenções não coercivas destinadas a mudar o comportamento humano. Agora o tema recebe menos atenção.

O conceito de *Nudge* parte da ideia de que não existe escolha que realmente revele a preferência de um indivíduo, pois a escolha é inevitavelmente baseada no contexto. Salienta-se que o propósito central dos *Nudges* é influenciar as escolhas de uma forma que faça com que os tomadores de decisões achem que aquela é a alternativa escolhida e para ser considerada como *Nudge* é a melhor, no entender da coletividade, a intervenção deve ser fácil e barata de se aplicar, garantindo a liberdade dos indivíduos (TVERSKY; KAHNEMAN, 1981, p. 454).

Os liberais sabem que as pessoas são muitas vezes o seu pior inimigo, mas, ao contrário do *Nudge*, não se sentem obrigados a intervir ou a agir como pacificadores. Os liberais pensativos, ao contrário dos libertários, sempre estarão abertos à persuasão de uma aplicação purista de seus princípios e o *Nudge* oferece um argumento persuasivo nas áreas políticas públicas. É mais difícil acompanhar o entusiasmo dos *Nudgers* em

atuar em áreas nas quais as pessoas estão em condição de risco e as fragilidades se apresentam mais expostamente e muitas vezes podem ser até irracionais[6].

Em suas formas mais ambiciosas, as preocupações levam a uma conclusão de que os *Nudges* poderiam violar direitos individuais. Obviamente, isso pode ser verdade se o objetivo da atuação for ilícita, mas algumas pessoas acreditam que há algum tipo de violação (por exemplo, um abuso/uma quebra da autonomia privada) mesmo sem um objetivo ilícito (SUNSTEIN; MÖLLERES, 2015, s/p). Daí a descrição aparentemente oximoro[7] da abordagem de seus autores dos *Nudges* como paternalismo libertário, mas para os autores é incontestadamente intervencionista na formulação dessas escolhas. Para os autores Cass R. Sunstein e Christof Mölleres há também um catálogo de potenciais objeções aos *Nudges:*

> (A) *Nudges* são paternalistas;
> (B) Alguns *Nudges* interferem na autonomia das pessoas;
> (C) Alguns *Nudges* podem ser vistos como coercitivos, mesmo que preservem a liberdade de escolha como questão técnica;
> (D) Alguns *Nudges* insultam a dignidade das pessoas; eles podem estar infantilizando; eles podem tratar as pessoas como crianças. A idéia do "estado babá" capta essa objeção;
> (E) Alguns *Nudges* poderiam ser considerados como formas de manipulação. É relevante, a este respeito, que o *nudging* nem sempre é transparente.
> (F) Alguns *Nudges* impedem ou pelo menos não promovem a aprendizagem;
> (G) A arquitetura de escolha pode errar, especialmente quando "trabalha" para o governo, e por essa razão, é melhor evitar-se o *Nudge* (na medida em que isso seja possível) (2015, s/p) – tradução livre

A própria sinopse de *Nudge* explicita *(...) os autores nos ensinam a orientar as pessoas para uma saúde melhor, investimentos mais sólidos e ambientes mais limpos sem privá-las do direito inalienável de bagunçar as coisas se elas quiserem* (THALER; SUSTEIN, 2003, p. 143). A descrição mais honesta oferecida pelos autores de sua abordagem é "um tipo de paternalismo relativamente fraco, macio e não intrusivo" (Op. cit, p. 455). *Nudge* permanece fiel à sua promessa de preservar a liberdade de escolha.

---

6 Essa experiência é marcante nos Estados Unidos, onde estudos são dedicados a mapear a dinâmica comportamental de determinados setores. Várias pesquisas foram desenvolvidas para observar o chamado *"risk-taking behavior"* (tendência em assumir atividades de risco) e os vieses cognitivos ligados a essas questões (SUNSTEIN; MÖLLERES, 2015, s/p).

7 Figura em que se combinam palavras de sentido oposto que parecem excluir-se mutuamente, mas que, no contexto, reforçam a expressão (p.ex.: obscura claridade, música silenciosa); paradoxismo.

1.2 Vivenciando a *Choice Architecture* ou Arquitetura da Escolha

Sinteticamente, *possible concerns about nudging and choice architecture point to four foundational commitments: (1) welfare, (2) autonomy, (3) dignity, and (4) self-government*[8] (SUNSTEIN; MÖLLERES, 2015, s/p).

Nudge pode ser considerado qualquer fator significante capaz de alterar o comportamento das pessoas, causando normalmente uma mudança na *Choice Architecture* - arquitetura da escolha, que é a atividade conjunta de organizar o contexto e a decisão de um indivíduo -, sem que seja necessário proibir qualquer outra opção nem mudar significativamente alguns dos incentivos econômicos. (TVERSKY; KAHNEMAN. 1981. p. 455). Por isso, os fundamentos da arquitetura de escolha são o bem-estar em "sentido lato", a autonomia da vontade, a dignidade da pessoa e a auto-defininição dos desejos do indivíduo.

> *A friend of yours, Carolyn, is the director of food services for alargecity school system. She is in charge of hundreds of schools, and hundreds of thousands of kid seat in her cafeterias everyday. Carolyn has formal training in nutrition (a master's degree from the state university), and she is a creative type who likes to think about things in non traditional ways. One evening, over a good bottle of wine, she and her friend Adam, a statistically oriented management consultant who has worked with supermarket chains, hatched an interesting idea. Without changing any menus, they would run some experiments in her schools to determine whether the way the food is displayed and arranged might influence the choices kids make. Carolyn gave the directors of dozens of school cafeterias specific instructions on how to display the food choices. In some schools the desserts were placed first, in others last, in still others in a separate line. The location of various food items was varied from one school to another. In some schools the French fries, but in others the carrot sticks, were at eye level. Simply by rearranging the cafeteria, Carolyn was able to increase or decrease the consumption of many food itens by as much as 25 percent. Carolyn learned a big lesson: school children, like adults, can be greatly influenced by small introductions changes in the context. The influence can be exercised for better or for worse. For example, Carolyn knows that she can increase consumption of healthy foods and decrease consumption of unhealthy ones. (*TVERSKY; KAHNEMAN, 1981, p. 453–458).[9]

A arquitetura de escolhas, segundo Thaler e Sustein, se utilizada para fins de interesses públicos e de melhoria do bem estar dos seres humanos, representa um poder considerável, atraente ao campo de formulação de políticas públicas (2008, p. 27). Vale ressaltar, ainda, que a arquitetura de escolhas nos permite decidir qual o princípio

8 As possíveis preocupações sobre o empurrão e a arquitetura de escolha apontam para quatro compromissos fundamentais: (1) bem-estar, (2) autonomia, (3) dignidade e (4) autogoverno.

normativo, bem como ético[10], que irá se seguir para arquitetar as escolhas dos cidadãos (Op. cit, p. 29).

Explicitar a existência da figura do arquiteto de escolhas, portanto, assim como o poder que este detém, é essencial no ponto de vista de Thaler e Sustein, uma vez que as pessoas já são influenciadas até mesmo por coisas que não estão explícitas. Se o poder da influência for utilizado para fins de interesse público, se estabelece um importante passo para consolidação desta nova teoria normativa que visa revolucionar a relação entre instituições e cidadãos (2008, p. 34-35).

Os autores ainda esboçam seis princípios da boa arquitetura de escolhas, levando-se em conta pressupostos da economia comportamental, bem como do paternalismo libertário. São eles:

(i) escolhas com estruturas complexas;
(ii) entender mapeamentos;
(iii) esperar erros;
(iv) incentivos;
(v) opções predefinidas;
(vi) fornecer *feedback* - retorno (2008, diversas páginas).

Algumas escolhas são mais fáceis, como escolher um sabor de sorvete; outras são difíceis, como escolher um tratamento médico, explicam os autores. Escolher entre os tratamentos para alguma doença é mais profundo e envolve outra questão. Suponhamos que uma pessoa tenha sido diagnosticada com câncer de próstata e deva escolher entre três opções: cirurgia, radiação ou não fazer nada, por enquanto. Cada uma

9Uma amiga nossa, Carolyn, é gestora de serviços de alimentação em escolas. Ela é responsável por centenas de escolas, e centenas de milhares de crianças comem em seus refeitórios todos os dias. Carolyn tem um treinamento formal em nutrição (um mestrado em uma universidade estadual), e ela é um tipo criativo de pessoa, que gosta de pensar sobre as coisas em direções não tradicionais. Em uma noite, regada a uma boa garrafa de vinho, ela e seu amigo Adam, um consultor de gestão estatística orientada, que trabalhou com cadeias de supermercados, tiveram uma idéia interessante. Sem alterar qualquer *menu* das escolas, eles iriam executar algumas experiências em suas escolas para determinar se o modo como a comida é exibida e organizada pode influenciar nas escolhas que os alunos faziam. Carolyn deu aos diretores de dezenas de refeitórios escolares instruções específicas sobre como exibir as escolhas alimentares. Em algumas escolas, as sobremesas foram colocadas em primeiro lugar, em outras, em último, em outras, ainda, em uma linha separada. A localização de vários itens de alimentos foi variada de uma escola para outra. Em algumas escolas as batatas fritas, mas em outras os canudos de cenoura, estavam ao nível dos olhos. Simplesmente reorganizando o refeitório, Carolyn foi capaz de aumentar ou diminuir o consumo de muitos itens alimentares em até 25 por cento. Carolyn aprendeu uma grande lição: as crianças em idade escolar, como os adultos, podem ser grandemente influenciadas por mudanças de pequenas introduções no contexto. A influência pode ser exercida para melhor ou para pior. Por exemplo, Carolyn sabe que ela pode aumentar o consumo de alimentos saudáveis e diminuir o consumo de alimentos não saudáveis – tradução livre.

10 Vale ressaltar que existe uma grande diferença entre o princípio que um agente segue de fato e o que ele deve seguir, de acordo com suas convicções éticas (BLUMENTHAL-BARBY, 2013, p. 176).

destas opções vem com um conjunto complexo de possíveis resultados em relação aos efeitos colaterais do tratamento, qualidade de vida, duração da vida, e assim por diante. (Op. cit., p. 55).

Comparando as opções que existem, a pessoa teria que se deparar com o seguinte: Estaria disposta a arriscar uma possibilidade de ter impotência ou incontinência urinária para aumentar sua expectativa de vida em 2, 3 anos? Esta é uma decisão difícil em dois sentidos. Primeiro, é improvável que o paciente conheça essas chances e, segundo, é improvável que possa imaginar como seria a vida se ele tivesse incontinência, por exemplo. No entanto, aqui estão dois fatos assustadores sobre esse cenário. Primeiro, a maioria dos pacientes decide qual decisão tomar quando recebe o seu diagnóstico. Em segundo lugar, a opção do tratamento que escolhe depende fortemente do tipo de médico com que ele está se tratando (Op. cit., p. 57-60).

O sistema de arquitetura de escolha ajuda as pessoas a melhorar as suas capacidades de mapear e, portanto, selecionar opções mais adequadas às suas necessidades. Uma maneira de fazer isso é tornar as informações sobre variadas opções mais compreensíveis, transformando a informação numérica em unidades que se traduzem mais prontamente em uso real. O sistema passa do binário, polarizado para o multifacetado, permitindo ao seu usuário analisar as informações numéricas em unidades e cientificar-se de suas possibilidades de ganho e perda, trazendo transparência à sua possibilidade de escolha.

1.3 Destacando o Paternalismo Libertário

O paternalismo libertário surgiu em 2003, desenvolvido pelos economistas comportamentais Richard H. Thaler e Cass R. Sustein, defendendo que existem falhas comportamentais dos indivíduos e foi realmente difundida em 2008, com a obra *"Nudge – Improving decisions about health, wealth and happiness*". Configura-se em uma teoria normativa para formulação de políticas que podem ser praticadas em instituições públicas, assim como no setor privado.

Como explicam os autores, paternalismo é a interferência de um Estado ou de um indivíduo em relação a uma pessoa, defendida ou motivada pela alegação de que a pessoa que sofre esta interferência será melhor protegida contra determinados danos, mesmo contra a sua vontade. Em nível teórico, levanta questões de como as pessoas devem ser tratadas pelo Estado quando não são totalmente racionais em suas escolhas.

Em seu primeiro aspecto, o paternalismo envolve algum tipo de limitação na liberdade ou autonomia de algum agente e o faz por uma classe particular de razões[11]. Como muitos outros conceitos usados no debate normativo, determinar os limites exatos do conceito e indicar a qualificadora libertária é uma questão conturbada[12].

Caracterizar uma política como paternalista é condená-la ou criticá-la. Isso é tautológico[13] e não estabelece que o termo em si seja um avaliador. Embora, em sua estratégia, os autores sigam a premissa de que as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem e escolher o que é melhor para si, ao mesmo tempo evidenciam que há interferência no viés do paternalismo. A teoria possui cunho não intrusivo; não são instituídos quaisquer preceitos coercitivos sobre o processo de decisão e sem violar o princípio do livre-arbítrio diante das decisões pessoais.

---

11 Essa primeira condição apontada pelo autor é a mais complicada de capturar. Os casos claros incluem ameaça de compulsão corporal, mentira, retenção de informações que a pessoa tem o direito de ter, ou impor requisitos ou condições. Mas o que falar sobre o seguinte caso? Um pai, cético sobre a perspicácia financeira de uma criança, em vez de lhe dar o dinheiro diretamente, dá-lo a outra criança com instruções para usá-lo no melhor interesse da primeira criança. O primeiro filho não tem direito legal sobre a herança. Não parece haver interferência na liberdade da criança nem em sua autonomia. Ou, então, considere o caso de uma esposa que esconde seus comprimidos para dormir para que seu marido potencialmente suicida não possa usá-los. Seu ato pode satisfazer a segunda e terceira condições, mas o que dizer sobre a primeira? Sua ação limita a liberdade ou a autonomia de seu marido? A segunda condição deve ser entendida como diferente de agir contra o consentimento de um agente. O agente pode não consentir. Ele pode, por exemplo, não saber o que está sendo feito a ele. Há também a questão distinta de saber se alguém age sem saber sobre o consentimento da pessoa em questão. Talvez a pessoa de fato consinta, mas isso não é conhecido para o paternalismo. A terceira condição também pode ser complicada. Pode haver mais de uma razão para interferir com Y. Além da preocupação com o bem-estar de Y, pode haver preocupação sobre como as ações de Y podem afetar terceiros. A condição "apenas para" é muito forte? Ou o que dizer do caso em que uma legislação é votada por razões paternalistas, mas existem razões suficientes, não paternalistas, para justificar a sua votação? Se, a fim de decidir sobre qualquer das questões acima, um deve decidir uma questão normativa, por exemplo, alguém tem direito a alguma informação, então o conceito não é puramente descritivo. Em última análise, a questão de como refinar as condições e quais condições de uso é uma questão de julgamento filosófico. O termo "paternalismo" como usado em contextos comuns pode ser demasiado amorfo para pensar em questões normativas particulares. Deve-se decidir sobre uma análise baseada em uma hipótese do que será mais útil para pensar sobre uma determinada gama de problemas. Pode-se adotar uma análise no contexto de médicos e pacientes e outra no contexto de se o Estado deve proibir alimentos não saudáveis. Dada uma análise particular do paternalismo haverá várias visões normativas sobre quando o paternalismo é justificado (DWORKIN, 2016, s/p) – tradução livre.

12 E, como muitas vezes é o caso, a primeira questão é se o conceito em si é normativo ou descritivo. Pode ser a aplicação do conceito em uma matéria para sua determinação empírica, de modo que se duas pessoas discordam sobre a aplicação a um caso particular, em verdade, estão discordando sobre alguma matéria do fato ou da definição? Ou será que o seu desacordo reflete opiniões diferentes sobre a legitimidade do pedido em questão?

13 Por uma questão de metodologia é preferível ver se algum conceito pode ser definido em termos não-normativos e somente se isso não conseguir capturar os fenômenos relevantes para aceitar uma definição normativa.

Por exemplo, a questão do paternalismo se apresenta quando as leis restringem as vontades do indivíduo justificadamente, como no caso da Lei Antidrogas, quanto ao uso obrigatório de cintos de segurança, etc...

Por outro lado, os libertários opõem-se as leis para proteger as pessoas de machucarem a si mesmas, ou seja, as leis paternalistas que pretendem proteger as pessoas de decisões que podem ser tomadas por elas próprias são conflitantes com o libertarianismo (SANDEL, 2010, p. 82).

Robert Nozick, na qualidade de libertário[14], afirma que a liberdade individual consiste no direito fundamental de todo homem viver segundo suas próprias escolhas, dispondo de seus bens e do seu tempo como bem entender, desde que respeite a igual liberdade dos outros (2011, p. 22). A construção de sua teoria é feita a partir de uma "explicação potencial fundamental"[15] sobre a natureza humana, segundo a qual os indivíduos, no estado de natureza, são plenamente livres para dirigir suas ações e dispor de seus bens (Op. cit, p. 24). Para o autor, essa concepção de liberdade expressa a capacidade inerente a todo indivíduo de dar sentido à sua existência, por meio da busca dos fins que cada um elege para si, de acordo com a ideia de "vida boa" que adota (Idem, p. 27).

Segundo Dworkin, poderíamos nos perguntar por que a visão precisa ser rotulada por seus introdutores como Paternalismo Libertário? Nas definições paradigmáticas de *Nudging,* a intervenção é sempre por meio do que se chama *Choice Architecture* ou arquitetura de escolha, que é o design de diferentes maneiras em que as escolhas podem ser apresentadas a um agente. Exemplos incluem o número de escolhas, se a escolha é *opt-in* ou *opt-out*, a forma como as alternativas são descritas ou apresentadas, os incentivos associados às escolhas, etc (2016, s/p).

O autor entende que, ao contrário do paternalismo tradicional, que exclui as escolhas por coação ou acrescenta custos às escolhas por coerção, os *Nudges* simplesmente mudam a apresentação das escolhas, de tal forma que as pessoas ficam

14 Libertários buscam maximizar a autonomia e liberdade de escolha, enfatizando as liberdades políticas, associações voluntárias, e a primazia do julgamento individual. O libertarismo, algumas vezes traduzido do inglês como libertarianismo, são filosofias políticas que têm a liberdade como seu núcleo.

15 Para Isaiah Berlim, os libertários, tal qual Nozick, defendem que as escolhas individuais sejam feitas pelos próprios sujeitos, sem a intervenção de terceiros, partindo do pressuposto de que são eles mesmos que melhor sabem o que querem para si e como vão alcançar seus objetivos. No sentido negativo, entendem a liberdade, portanto, como ausência de interferência de outros agentes (1969, p. 78). Segundo Sandel, a soberania do indivíduo sobre suas próprias decisões deve prevalecer e o processo de escolha em si tem valor e deve ser considerado apesar de seus resultados (2010, p. 96).

mais propensas a escolher as opções que são, supostamente, melhores para elas. Além disso, argumenta-se que qualquer arranjo de escolhas fará algumas opções mais ou menos prováveis para que a decisão sobre a arquitetura de escolha seja inevitável (2016, s/p).

Sua visão é libertária porque preserva a liberdade de escolha, ainda segundo Dworkin. Nenhuma escolha é eliminada ou dificultada. Ninguém é coagido. O conjunto de escolhas permanece o mesmo. Não há custos ou incentivos significativos associados às opções que o agente enfrenta. Por sua vez, o ponto de vista tem também ares paternalistas, porque procura promover o bem do agente que está sofrendo o *nudging*. E o bem é visto pelo próprio agente (DWORKIN, 2013, p. 26).

Basicamente, a definição de paternalismo no Paternalismo Libertário está focada unicamente no fato de que os *Nudges* estão sendo usados para que os agentes tomem melhores decisões. Poderíamos substituir o "paternalismo" pela "benevolência" e nada de importante seria deixado de fora, já que o aspecto "libertário" retoma tudo o que é significativo. Se esta expansão da definição de paternalismo é justificada ou não é uma questão de quais questões estão sendo exploradas e se essa expansão torna as coisas mais claras ou mais confusas. Há *Nudges* que não são paternalistas (na sua definição) porque o objetivo é promover o bem geral - mesmo se o agente não é beneficiado. Encorajar os gerentes de construção a montar elevadores com botões em *braille*, influenciar as pessoas para que contribuam para a *Oxfam*, colocando retratos de crianças famintas, são exemplos em que o bem a ser promovido é o bem-estar de pessoas que não são influenciadas. No entanto, a questão, a saber, não é se a definição de paternalismo é útil ou não, mas, sim, voltando-se para as questões mais importantes sobre se e em quais circunstâncias, os *Nudge*s são justificáveis formas de influenciar as pessoas a fazerem certas escolhas (DWORKIN, 2016, s/p) – tradução livre.

Assim, fazer ou não um aborto nos casos permitidos ou mesmo fazê-lo conciente da prática de um ato ilegal, pode ser uma escolha direcionada.

> One of the core insights of the psychological study of judgment and decision making is that judgments and choices are context-sensitive. How a choice is framed influences the choice. An outcome framed as a loss is treated differently than the same outcome framed as a gain. (TVERSKY, KAHNEMAN, 1981. 453–458).[16]

16 Uma das idéias centrais do estudo da psicologia do julgamento e da tomada de decisão é que os julgamentos e escolhas são sensíveis ao contexto. Como uma escolha é enquadrada influencia a mesma. Um resultado enquadrado como uma perda é tratado de forma diferente do que o mesmo resultado enquadrado como um ganho - Tradução livre

Com base no sistema de arquitetura de escolha e no paternalismo libertário, pode-se buscar *Nudge*, que "cutuca" as mulheres que pretendam fazer um aborto, por meio de formulários, folhetos explicativos, vídeos de clínicas de aborto mostrando como o mesmo é feito, de modo a fazer com que tomem a melhor escolha segundo a política pública de cada Estado, em se tratando de Brasil, prática a se evitar.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROIBIÇÃO DO ABORTO NO BRASIL

O fulcro deste trabalho não é analisar aspectos éticos, morais, sociais, filosóficos, religiosos, nem, tampouco, jurídicos sobre a figura do aborto. O intuito é somente trazer à tona a possível aplicação dos *Nudges* como forma de se evitar ou incentivar a figura do aborto, acorde com a política pública de cada Estado. Contudo, para isso, é preciso entender o porquê da proibição do aborto no Brasil.

Segundo Amado, o aborto é tão antigo quanto a história da humanidade (2009, p. 30). Há relatos de abortos induzidos na China que remontam a mais de 5.000 anos. No Juramento Hipocrático, no século IV a.C., havia uma cláusula que proibia os médicos de darem pessários[17] a mulheres que queriam abortar.

Para Riddle, alguns interpretaram essa passagem como uma proibição do aborto, enquanto outros sublinhavam que o que realmente era proibido era os próprios pessários, pois podiam produzir úlceras vaginais. De fato, os médicos estavam livres para empregar contraceptivos, abortivos orais e os vários procedimentos cirúrgicos e manipulativos disponíveis (1991, p. 28).

Ainda segundo Amado, durante séculos - em particular, antes do século XVII - o aborto era principalmente uma "questão da mulher" e não uma questão médica ou política. Devido ao desenvolvimento limitado de conhecimentos e técnicas médicas, seria possível que encontrar um método eficaz fosse uma preocupação maior para as mulheres do que as implicações éticas de acabar com a gravidez. No entanto, na esfera pública, a ética ocupou um lugar proeminente e foi aqui onde posições hostis ao aborto geralmente colidiam com as simpáticas (2009, p. 39-41).

---

17 Aparelho com forma, modelo e dimensões variáveis, para introduzir no fundo da vagina, com a finalidade de corrigir os deslocamentos uterinos, de manter uma hérnia saliente da vagina ou para tapar o orifício do colo do útero, impedindo assim a concepção, ao barrar a passagem dos espermatozóides e a consequente fecundação. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/pess%C3%A1rio>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

> *No entanto, sempre houve espaço para algum grau de debate ético sobre sua aceitabilidade. A doutrina agostiniana, por exemplo, foi por longo tempo um critério para decidir quando um aborto poderia ser permitido. De acordo com essa doutrina, o aborto praticado antes do tempo de "aceleração", que foi identificado como o momento da criação, não era proibido. A forte oposição ao aborto começou quando a Igreja Católica declarou no século XVI que o aborto era um crime.* (ROTHMAN, 1997, p. 105-106)

Durante o século XIX o aborto começou a ser criminalizado em vários países europeus e nos Estados Unidos. Em 1869, o Papa Pio IX declarou que, sob qualquer circunstância, o aborto era um pecado mortal. Como se considerou que não houve mudanças dramáticas qualitativas ao longo do desenvolvimento fetal, o foco da discussão se tornou a gravidade da ofensa de matar um feto, qualquer que fosse seu período de desenvolvimento. Também, nesse século, o significado da gravidez mudou; tendo sido tradicionalmente uma "questão da mulher" tornou-se uma questão de intervenção médica (RIDDLE, 1991, p. 31).

Em contraste, durante a segunda metade do século XX houve uma onda de legalização em vários países. A partir dos anos 60 os direitos legais de acesso a serviços médicos para o aborto, se tornaram verdadeiramente reais na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. No primeiro foi em 1967, através da Lei do Aborto, e no último em 1973, como resultado de *Roe v. Wade* (AMADO, 2009, 32). Hoje em dia, o aborto é legal em muitos países, embora o grau em que um país o permite possa variar amplamente.

No Brasil, em especial, importante ressaltar que foi aberto um precedente em 2016, quando a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) revogou a prisão preventiva de cinco médicos e funcionários de uma clínica de aborto. A decisão valeu apenas para o caso específico, mas abriu um precedente na mais alta Corte do país para a descriminalização para mulheres ou médicos que realizam o aborto. Segundo Barroso, em seu voto,

> Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (Vide *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ)[18]

18 Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 30 de Maio de 2017.

Além desses fundamentos, o Ministro também considerou o impacto da criminalização sobre mulheres pobres, arguindo que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis (Op. cit, 2016, s/p). Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

Citando pesquisas internacionais, ele também considerou que punir com prisão não diminui o número de abortos, classificando como "duvidosa" a ideia de que criminalização protege a vida do nascituro. Além disso, disse que o Estado dispõe de outros meios para evitar a prática, como educação sexual, distribuição de contraceptivos e apoio à mulher que, embora queira ter filhos, enfrenta dificuldades para criar uma criança. Por fim, entendeu que a prisão traz mais custos sociais que benefícios, levando-se em conta os problemas de saúde e mortes provocadas por métodos perigosos de realizar o aborto clandestino[19] (Idem, 2016, s/p).

Importante salientar que, segundo o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 128, existem três excludentes, nas quais o aborto não seria punido: (i) se não há outro meio de salvar a vida da gestante; (ii) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, e (iii) no caso de feto anencéfalo - vide ADPF 54[20].

3 O USO DE *NUDGES* COMO FORMA DE CONSCIENTIZAÇÃO DO ABORTO

Partindo-se da premissa que, no Brasil, o aborto é legal em três casos – aludidos acima -, a possibilidade de conscientização do aborto por meios de *Nudges* pode ser uma ferramenta para evitá-lo nos casos em que as mulheres, mesmo de forma ilegal, o fazem assumindo o risco da atividade delituosa.

De outro lado, em países nos quais é possível o aborto, o primeiro ponto a se pensar seria exatamente sobre uma iniciativa legislativa que exigisse que os médicos avaliassem psicologicamente as mulheres que buscam abortos, para aferir se suas decisões foram influenciadas por pressão externa. Possíveis perguntas seriam: -

19 Três dos cinco ministros que compõem o colegiado consideraram que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gestação não configura crime. Segundo o Código Penal, a mulher que aborta está sujeita a prisão de um a três anos; já o médico pode ficar preso por até 4 anos.

20 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em 2 de junho de 2017.

"Alguém está encorajando você a ter esse aborto? Você quer que este aborto satisfaça suas próprias necessidades ou você está fazendo isso para agradar alguém?" (PATASHNIK, 2014, s/p).

O segundo aspecto, tal qual existe no Estado de Missouri, Estados Unidos, existe uma lei, que exige que os médicos ofereçam às mulheres que procuram abortos, uma chance de ver um ultrassom e sentir os batimentos cardíacos do feto.[21]

No caso do Brasil, tais medidas poderiam ser veiculadas em propagandas governamentais, de modo a garantir que as mulheres que pretendessem fazer um aborto, ainda que de forma ilegal, percebessem que o mesmo é uma questão moral complicada e um passo a ser levado a sério. Certamente há um grau de paternalismo envolvido. A possibilidade de Clínicas da Família no Sistema Único de Saúde – SUS - ostentarem cartazes, vídeos, mostrando a imagem do feto, por meio de um ultrassom, no útero materno, parece ser uma maneira discreta e razoável de o Estado enfatizar a natureza da vida fetal sem restringir a escolha, de modo a criminalizar quem o faça.

Certamente, entende-se que essas possíveis leis se encaixariam dentro de uma visão de paternalismo libertário. Esse tipo de paternalismo difere dos outros exemplos de Sunstein e Thaler, na medida em que só se aplica às mulheres, mas, nem por isso o torna, *ipso facto*, sexista, porque a justificativa para isso não precisa descansar em qualquer afirmação de que as mulheres sejam exclusivamente impetuosas (2008, p. 35). Todo o mundo é impetuoso, de vez em quando, o que é a gênese desses autores em sua obra sobre os *Nudges*. Se os homens fossem capazes de engravidar, suspeita-se que este tipo de *Nudge* seria ainda mais apropriado (PATASHNIK, 2014, s/p).

Portanto, descobrir se qualquer dessas leis se encaixa em um paradigma paternalista libertário, vai depender se o Estado promove o interesse de uma pessoa como essa pessoa o define. Embora o aborto seja um tema político controverso, há um consenso - entre 60% e 70% nos inquéritos, entre os americanos - de que os direitos ao aborto devem ser protegidos, mas que essas proteções não devem ficar sem restrições.

Infelizmente, é difícil dizer se esse tipo de consenso é forte o suficiente para construir uma política pública. Perguntas de pesquisa sobre o grau de restrições que as pessoas querem são vagas; 60-70 por cento, no caso americano, é uma maioria forte, mas não esmagadora (no Brasil não há ainda índices fidedignos por meio do Ministério da Saúde para se afirmar qual porcentagem existiria). Tem-se a informação de que é

21 Disponível em: <http://www.motherjones.com/politics/2017/01/new-gop-control-missouri-primed-anti-abortion-blitz-2017>. Acesso em 30 de março de 2017.

feito 1,5 milhão de abortos por ano. Desse total, 250 mil mulheres ficam com alguma sequela e 11 mil vão a óbito.[22] O apoio a direitos ou restrições abstratas ao aborto não necessariamente transita em experiências pessoais reais. Assim, se, por exemplo, dois terços dos brasileiros dissessem que não apoiavam abortos no último trimestre, não seria possível tirar conclusões sobre como dois terços dos brasileiros se comportariam se enfrentassem tal situação.

Desde Casey[23], nos Estados Unidos, uma ampla variedade de regulamentações que afetam o direito de uma mulher de escolher um aborto foram propostas e defendidas com base no fato de que elas não proíbem as mulheres de exercerem esse direito, mas, sim, asseguram que o consentimento das mesmas ao aborto seja devidamente informado, ou as incentivem - sem forçá-las - a reconsiderarem tais regulamentações, incluindo requisitos tais para que as que buscam o procedimento a que observem um período de espera (PERSAD, 2014, p. 275-276).

Poderíamos citar como exemplos: receber aconselhamento; receber informações sobre o estatuto legal ou moral dos fetos; visualizar um ultrassom; ouvir batimentos cardíacos de um feto, etc.

As aplicações acima de *Nudges* levantam a questão a se saber se Sunstein e Thaleros os consideram como adequados ou inapropriados sob o contexto do aborto. Sunstein, apesar de defender em outros lugares o direito de escolher um aborto, não rejeita o *nudging* no contexto do mesmo (SUNSTEIN, 1992, p. 241). Em um artigo recente, ele argumenta que:

> ... graphic warnings do not override individual choice, and while they are not neutral and are meant to steer, people can ignore them if they want. We can easily imagine, and even find, graphic warnings that are meant to discourage texting while driving, abortion, premarital sex, and gambling. However powerful, any such

22 Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br>. Acesso em 7 de maio de 2017.

23 Por exemplo, o caso: Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania v. Casey. Foi um caso da Suprema Corte nos Estados Unidos no qual a constitucionalidade de diversas disposições estatais do estado de Pensilvânia relativas ao aborto foi desafiada. O parecer plural da Corte reafirmou a posição central de Roe v. Wade afirmando que "as questões que envolvem as opções mais íntimas e pessoais que uma pessoa pode fazer em sua vida, escolhas centrais na dignidade e na autonomia da pessoa são centrais para a liberdade protegida pela Décima Quarta Emenda". Mas o caso foi uma mudança da decisão Roe de vincular a legalidade do aborto ao terceiro trimestre, associando o prazo legal à viabilidade fetal. Em teoria, seu objetivo era tornar a decisão da mulher mais ponderada e informada. A opinião da pluralidade do Tribunal confirmou o direito constitucional de ter um aborto enquanto alterava o padrão para analisar as restrições a esse direito, criando o padrão de "carga indevida" para as restrições ao aborto. Aplicando seu novo padrão de revisão, o Tribunal confirmou quatro regulamentos e invalidou a exigência de notificação do cônjuge – tradução livre.

> warnings can be ignored. Those who run cafeterias and grocerys might place fruits and vegetables at the front and cigarettes and fatty foods at the back. Even if so, people can always go to the back (SUNSTEIN, 2013, p. 122).[24]

A visão de Sunstein sugere que não é fácil conseguir a atenção do ser humano e mesmo que uma imagem de ultrassom esteja sendo colocada na linha de visão de uma mulher, sua capacidade de ignorar, significa que sua escolha não foi verdadeiramente exercida (2013, p. 124).

Nesta mesma linha, como esclarece Dworkin, em sua obra *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais, é preciso observar que "as justificativas fornecidas pelos textos legais atuais para a proibição da prática do aborto acabam por não utilizar nenhuma base filosófica ou doutrinária coerente" (2003, p. 76), o que significa também que a escolha do legislador não foi verdadeiramente exercida.

Considerações Finais

Portanto, cada vez mais, em países de democracia emergente, como o caso do Brasil, constata-se a incorporação da teoria normativa do Paternalismo Libertário e o fato de ser imprescindível no campo das suas políticas públicas, sendo inegável o legado dos *Nudges* para introdução da incorporação da arquitetura de escolhas.

Qualquer regra padrão deve estar sujeita à discussão pública e deve ser revista pela lei. E, como explica Dworkin, em se utilizando o pensamento derivativo como parâmetro, a lei não abre exceção a ponto de permitir o aborto em casos de estupro. Contudo, em se utilizando do pensamento independente, se estaria, em última instância, desrespeitando uma das maiores garantias constitucionais de um Estado: a liberdade de cada um e seus dogmas religiosos (2013, p. 29).

Logo, não há nada de censurável em empregar *Nudges* que possam ajudar os indivíduos dentro das questões reprodutivas. Certo é que se faz mister um debate honesto e aberto que inclua as próprias mulheres, no caso do aborto em questão, e não

24 Os avisos gráficos não substituem a escolha individual, e enquanto eles não forem neutros e destinados a orientar, as pessoas têm o direito de ignorá-los se quiserem. Podemos facilmente imaginar, e até mesmo encontrar, advertências gráficas que são destinadas a desencorajar escolhas como enviar mensagens de texto ao celular enquanto se dirige, fazer um aborto ou sexo pré-matrimonial e participar dos jogos de azar. Por mais poderosos que sejam tais avisos, eles podem ser ignorados. Aqueles que dirigem cafeterias e mercearias podem colocar frutas e legumes na frente dos cigarros e alimentos gordurosos na parte de trás. Assim mesmo, as pessoas sempre podem ir para trás e pegar tais itens – tradução livre.

uma imposição de uma política unidirecional, de cima para baixo, desrespeitando a importância das escolhas reprodutivas e das perspectivas das mulheres.

Utilizar os *Nudges* pode ser incipiente para alguns, mas, conforme o demonstrado entende-se como uma ação de governo realmente efetiva e sugestiva de funcionar. Claro que este ensaio demonstra que é possível utilizar-se de meios menos coercitivos, para ajudar nas escolhas de tomadas de decisões. Não há porque defender a utilização dos *Nudges* como forma de conscientização do aborto, mas como "a" saída para que as pessoas não o fizessem ou mesmo uma forma de flexibilizar a sua criminalização, que ainda é tímida no Brasil, nos termos do art. 124 do CP.

A questão fundamental trazida sustenta-se no fato de que é óbvio que legalmente ou ilegalmente são feitos milhares de abortos a cada ano. No entanto, os *Nudges* podem ser uma forma menos drástica e mais concreta de se ajudar na escolha das decisões das mulheres que pretendem ou não fazê-lo a terem consciência do que estão por fazer.

Referências

ALEMANNO, Alberto, SPINA Alessandro. *Nudging legally*: On the checks and balances of behavioral regulation. In: *International Journal of Constitutional Law* 12, 2014: 429–456.

AMADO, Eduardo Díaz. *Abortion: ethically in conclusive legally and politically feasible*. Rev.latinoam.bioet. vol.9 no.1 Bogotá Jan./June 2009, p. 29-41.

ANTI-ABORTATION MUSSOURI POLITICS. Disponível em: <http://www.motherjones.com/politics/2017/01/new-gop-control-missouri-primed-anti-abortion-blitz-2017>. Acesso em 30 de março de 2017.

BERLIM, Isaiah. *Four essaysonliberty*. New York: Oxford University, 1969.

BLUMENTHAL-BARBY, J. S. *Choice Architecture*: A mechanism for improving decisions while preserving liberty? In *Paternalism: Theory and practice*, ed. Christian Coons and Michael Weber, 178–196. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2013.

DADOS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. Disponível em: <http://datasus.saude.gov.br>. Acesso em 07 de maio de 2017.

DICIONÁRIO DE TERMOS MÉDICOS. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/termos-medicos/pess%C3%A1rio>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

DWORKIN, Gerald. *Defining paternalism*. In *Paternalism: Theory and practice*, ed. Christian Coons and Michael Weber, 25–38. Cambridge, MA: Cambridge University Press. 2013.

_____. "*Paternalism*", In: ZALTA, Edward N. (Org.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter Edition, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/paternalism/>. Acesso em 05 de janeiro de 2017.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida:* aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HIPÓCRATES. *Juramento hipocrático. Tratados médicos [Hippocratic Oath. Medical Treatises*]. Madrid: Planeta De-Agostini. 1995.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - *Questão de Reprodução*. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/08/21/estados-aborto-no-brasil-_n_8022824.html>. Acesso em 05 de maio de 2017.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PATASHNIK, Josh. *A nudgeon a hot Button issue:* Abortion. Disponível em: <http://nudges.org/a-nudge-on-a-hot-button-issue-abortion/>. Acesso em 03 de fevereiro de 2017.

PERSAD, Govind. *Libertarian Patriarchalism: Nudges, Procedural Road blocks, and Reproductive Choice*. In: 35 Women's Rts. L. Rep. 273 Spring/Summer 2014, p. 273-298. Disponível em: http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2520&context=facpub>. Acesso em 3 de março de 2017.

RIDDLE, J. 'Oral Contraceptives and Early-Term Abort if acients during Classical Antiquity and the Middle Ages' in Past and Present, In: *Eve's herbs*: a history of contraception and abortion in the West. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. No. 132, Aug, 1991, second publish on1997, pp. 3-32.

ROTHMAN, B. K., 'Redefining Abortion', In: *Ethics in Practice*, edited by Hugh La Follette. Malden: Blackwell,1997, p. 103 - 111

SANDEL, Michael J. *Justice: What the right thing to do?* London: Macmillan Publish, 2010.

SCHWEIZER, Mark. Nudging and the principle of proportionality: obliged to nudge? In: Mahis, Klaus (ed.), *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Springer (Forthcoming). Paper presented at 4th Law and Economics Conference, Lucerne 17-18 April 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607239>. Acesso em 20 de abril de 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; MÖLLERS, Christoph. Key Note in the BBAW Leibniz Hall, Berlin. Lecture: *The Ethics of Choice Architecture*. 2015. Disponível em:

<http://verfassungsblog.de/key-note-lecture-ethics-choice-architecture-2/>. Acesso em 26 de abril de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. ADPF 54. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm.> acesso em 02 de junho de 2017.

_____. *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 30 de Maio de 2017.

THALER Richard H.; SUSTEIN, Cass R., *Libertarian Paternalism Is Notan Oxymorum*. The American Economic Review , 93, No. 2, 2003, p.175-179.

_____. *Nudge. New Haven*, Conn.: Yale University Press, 2008.

TVERSKY, Amos, and KAHNEMAN, Daniel. *The framing of decisions and the psychology of choice* (traduzido para o português com o título *Nudge: O Empurrão para a escolha certa*) Massachusetts: Yale University Press. 1981, Science 211: 453–458.