

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 442

RELATORA: MINISTRA ROSA WEBER

Audiência pública convocada para 03.08.2018

MEMORIAL

“Quem pretende ter um discurso que não dependa de definições, isto é, de ‘pressupostos’, não faz outra coisa senão ocultá-los para introduzi-los às escondidas. É então preferível explicitá-las de forma a poder-se discuti-las abertamente.”¹

I

PARTICIPAÇÃO DO IBIOS NA AUDIÊNCIA PÚBLICA CONVOCADA

O IBIOS – Instituto de Biodireito e Bioética, honrado com sua habilitação para participação na Audiência Pública convocada para discutir aspectos Interpretativos dos arts. 124 e 126 do Decreto-lei nº 2.848/1940 (Código Penal), apresenta-se na qualidade de associação de direito privado, sem fins lucrativos ou filiação partidária, de caráter científico, técnico e pedagógico, com âmbito nacional, dedicada ao estudo, pesquisa, aprofundamento e divulgação de temas relacionados ao Biodireito e à Bioética. O foco central de atuação do IBIOS são as questões que potencializam a vulnerabilidade da pessoa humana ou a colocam em risco, em razão dos constantes, céleres e crescentes avanços biotecnológicos e biomédicos, que caracterizam uma era de franco domínio da biotecnociência.

¹ MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: UnB, 1997, p. 51.

No cumprimento de seus objetivos estatutários, o IBIOS desenvolve atividades de natureza interdisciplinar na área de convergência do Biodireito com a Bioética, na busca permanente da proteção integral da pessoa humana em sua dignidade.

Nessa linha, procura o IBIOS contribuir para a questão posta em debate, participando de um diálogo plural, com especial e indeclinável olhar biojurídico e bioético, por meio do qual o IBIOS sustenta, nesta oportunidade, a possibilidade jurídica do aborto, nos termos propostos pelo Requerente, Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL), a seguir mencionados em apertada síntese.

Defende a parte autora não terem sido recepcionados parcialmente pela Constituição da República os dispositivos legais impugnados, por violarem preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante. Aduz não mais se manterem as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940. Para justificar a tese jurídica da não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal, pugna pela aplicação (e o desenvolvimento) da interpretação jurídica definida por este Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 54, da ADI 3510 e do HC 124.306, precedentes em que se identifica a impossibilidade de se imputar o estatuto de pessoa constitucional ao embrião ou feto. Afirmar, ainda, que a estes foi reconhecido apenas o valor intrínseco de pertencimento à espécie humana e, por conseguinte, a incidência de uma proteção legislativa gradual na gestação, que encontra limites no respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania, à promoção de não discriminação e aos direitos fundamentais das mulheres.

Com fundamento no direito constitucional comparado e nas perspectivas legislativas e jurisdicionais, alega a parte autora a configuração do marco normativo da interrupção da gestação nas primeiras 12 semanas no âmbito internacional, de modo a demonstrar a validade da tese jurídica da descriminalização do aborto nessa hipótese, haja vista sua adoção em inúmeras sociedades democráticas contemporâneas.

II

BIODIREITO E BIOÉTICA: breves e necessárias considerações

O cabimento da apreciação de dispositivos penais à luz do Biodireito e da Bioética deve ser esclarecido, ainda que minimamente.

De início é indispensável afastar qualquer sinonímia entre Biodireito² e Bioética³, como se tornou senso comum⁴. Embora tenham por escopo precípuo a proteção do ser humano e apresentem muitos pontos de convergência, os campos de pertinência não se confundem.

Neste sentido, basta lembrar que os princípios e normas bioéticos são de natureza moral, funcionam como recomendação ou orientação ética, e sua inobservância pelo agente o expõe à reprovação dos outros indivíduos, à sanção moral. De modo distinto, a obrigatoriedade é ínsita à norma jurídica, ao comando nela contido, o qual se descumprido sujeita o agente a sanções previamente estabelecidas, como a privação de direitos, expropriação de bens patrimoniais e até a privação da liberdade, que lhe serão aplicadas coercitivamente através do aparato do Estado.

² Denominação dada à disciplina no estudo do Direito, integrada por diferentes matérias, que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina. Constitui uma nova disciplina ou estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biotecnociência, tem a vida humana por objeto principal. O termo está aceito plenamente em todos os idiomas de nosso entorno cultural: *bioderecho*, *biolaw*, *biodroit*, *biodiritto*, *biorecht*.

³ A bioética apresenta diversas concepções desde que surgiu no campo das éticas aplicadas. Há conceitos mais amplos para a bioética, como o que se refere à “ética da vida”, ou mais restritivos, que a limitam à “ética médica” ou à “ética biomédica”, numa visão mais atual. Contudo, nenhuma dessas concepções dá conta dos problemas éticos envolvidos nas ações de saúde pública, que se ocupa e preocupa com a saúde de populações humanas consideradas em seus contextos naturais e socioculturais (SCHRAMM, 2004, p. 71). Schramm e Kottow (2001, p. 260) observam que, em face da diversidade de práticas e discursos chamados “bioéticos”, não existe um conceito simples e absolutamente unívoco para bioética, que pode ser entendida como a “reflexão ética em torno de atos humanos que alteram de forma definitiva os processos vitais”.

⁴ Algumas pessoas usam os termos “bioética” e “biomedicina” indiferentemente, bem como numerosos juristas, e notadamente os especialistas em liberdades públicas e direitos fundamentais, referem-se à noção de “direito da bioética”. Sobre o assunto ver Eric Mondielli. Noções de bioética e do direito da biomedicina na experiência francesa. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 11, n. 2, jul./out., 2010, p. 89-133. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rdisan/v11n2/04.pdf>. Acesso em 03 jul. 2018.

Tem a Bioética importante função quando se considera o método de análise que utiliza, o qual compreende profundo exame dos fatos, como é próprio da Ética Prática, bem como seus princípios, que muito têm auxiliado na solução dos complexos problemas jurídicos gerados pela biotecnociência. Essa proximidade entre os dois campos de reflexão, além da coincidência do objeto de estudo, geraram influências mútuas fecundas e questões de delimitação entre as duas áreas, que não comprometem a distinção entre o campo da Ética e do Direito.⁵

A Bioética confere ao (Bio)direito legitimidade, por força de sua autoridade ética, sem a qual a norma jurídica corre o risco de se tornar arbitrária. O Direito por sua vez empresta aos mandamentos éticos a força indispensável a sua efetividade.

Essa perspectiva de complementariedade entre Biodireito e Bioética é de todo útil para a análise de questões complexas como o aborto, que envolve temáticas difíceis e que devem ser analisadas em profundidade.

III

O CONTEXTO ATUAL DA MATERNIDADE E GRAVIDEZ

A apreciação das questões atinentes à interrupção da gravidez, mormente no que respeita a sua criminalização, não pode deixar de considerar o contexto atual no qual, graças aos avanços da medicina e da biotecnologia, surgiram situações inéditas que devem ser trazidas a cotejo que se impõe, pelas razões a seguir indicadas.

Constata-se que, após a franca inserção das técnicas de reprodução assistida no cenário da reprodução humana, inclusive no Brasil, esta deixou de ser apenas um fato natural para ser um projeto desenvolvido por pessoas que desejam ter filhos e não tem

⁵ ROMEO-CASABONA, Carlos Maria. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova Enciclopédia da Bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 2003, p. 94-95.

condições pessoais de procriar, pelas mais variadas razões, que incluem a identidade de sexo do casal.

A maternidade, tida durante séculos como um “fato certo”, em razão do parto, apresenta situações novas nas quais a mãe não é necessariamente a mulher que faz a gestação e dá a luz aquele que será seu filho juridicamente. A doação de gametas masculino e feminino acarreta a inexistência de vínculo jurídico entre os genitores e os filhos assim gerados, que terão juridicamente outros pais.

Maior complexidade apresenta a criação de embriões humanos em laboratório⁶, através da técnica de fertilização *in vitro*, os quais são criopreservados durante tempo indeterminado. De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM de nº 2168, de 10.11.2017, única regulamentação existente em nosso país sobre tema tão importante⁷, os embriões excedentes, isto é, os que não forem transferidos *a fresco*, serão criopreservados.

Nos termos da citada Resolução CFM nº. 2168/2017, no momento da criopreservação, **os pacientes (mulher e homem) devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados** em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los (V-3).

Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes (mulher e homem). Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados. Entende-

⁶ Somente no ano passado, 66.597 embriões foram congelados no Brasil nos Bancos de Células e Tecidos Germinativos - BCTGs, mais conhecidos como clínicas de Reprodução Humana Assistida. O número reflete a busca dos brasileiros por ajuda médica na hora em que desejam ter filhos. A quantidade de embriões congelados em 2016 é o dobro do registrado em 2012, quando as clínicas relataram o congelamento de pouco mais de 30 mil embriões. Os números estão no 10º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio), publicado pela Anvisa. Disponível:

http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/inseminacao-artificial-o-que-voce-precisa-saber/219201?inheritRedirect=false – Acesso em 02 jul. 2018.

⁷ O Código Civil trata apenas e parcialmente da filiação resultante da utilização das técnicas no art. 1.597. A ANVISA, através da RDC 29/2008, estabeleceu o regulamento técnico para o cadastramento nacional dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG).

se por embrião abandonado aquele cujos responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

Constata-se que a mulher (e o homem) pode livremente deliberar sobre o destino a ser dado aos embriões, inclusive o de descartar o embrião criado *in vitro*. Contudo, se ele(s) estiver(em) em seu útero, pelo fato de a fertilização ter sido intracorpórea ou em razão de ali ter sido implantado e ter ocorrido a nidação, a mulher (e somente a mulher) terá cometido o crime de aborto. Afinal o que difere uma situação da outra? Seria o fato da gestação o grande diferencial? O que afinal se pretende proteger atualmente com a criminalização do aborto? Por que há tratamento diferenciado entre o embrião em laboratório e o que se encontra no útero?

Estas situações não podem ser ignoradas e devem ser analisadas quando está em debate a proteção da vida, objeto dos artigos 124 e 126 do Código Penal. Fica a pergunta: qual vida se quer proteger?

De início devem ser examinadas as características do crime de aborto.

IV

ASPECTOS GERAIS E TRADICIONAIS DA INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ

O aborto é um tema que esteve sempre em pauta. Atualmente recrudescer o debate. A questão é bastante antiga e envolve aspectos morais, religiosos, sanitários, legais e filosóficos. Sobretudo, é uma questão da mulher, que diz respeito ao seu corpo, ao seu poder de decisão, que no caso não é reconhecido juridicamente. Conforme observou a Excelentíssima Ministra Rosa Weber em decisão convocatória desta audiência pública, constitui “um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicados, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais”.

Esclarece Odon Ramos Maranhão que, embora se faça a diferença entre o ato de abortar (abortamento) e o produto resultante (aborto), na esteira de autores franceses, a

palavra aborto já está consagrada pelo uso e é correta⁸. Aborto ou abortamento é a ação ou efeito de abortar, de expulsar prematuramente do útero o produto da concepção⁹. De acordo com Hygino de C. Hercules, aborto para os obstetras é o produto eliminado pelo trabalho de abortamento. A interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal, que ocorre ao fim da 28ª semana, caracteriza o aborto. Importa para a obstetrícia a capacidade de sobrevivência do concebido fora do útero.¹⁰

O legislador preocupa-se com a interrupção dolosa da gravidez, com a morte do conceito. Como observou o Ministro Joaquim Barbosa Gomes, a lei penal pune o aborto, qualquer que seja o momento de sua realização, mas não o conceitua, embora seja elemento normativo do tipo¹¹. Cabe à doutrina e à jurisprudência esclarecer a expressão “provocar aborto” utilizada no Código Penal. **Configura aborto a interrupção voluntária da gravidez, processo fisiológico da gestação, com a consequente morte do produto da concepção¹². A penalização do aborto procura proteger precipuamente a vida humana do concebido, e só no caso de aborto provocado, sem consentimento da mulher, a vida da gestante. O aborto pressupõe a existência de gravidez, portanto, para a lei penal a vida do concebido só tem proteção após a nidação,** que “para efeitos legais [penais] inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina”.¹³

Nestes termos, não está sujeita à incidência da lei penal a utilização de métodos anticoncepcionais, que impedem a concepção, como pílulas com efeito anovulatório, ou a nidação, como o dispositivo intrauterino – DIU. O mesmo se verifica com relação aos casos de gravidez ectópica, em que a nidação ocorre em outro local, como abdômen, ovário, ou trompa de Falópio (gravidez tubária). **Por igual razão, não pode tipificar aborto a utilização de embrião concebido no processo de fertilização *in vitro*, que se encontre**

⁸ MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 8. ed., 7 tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 188.

⁹ Abortamento e aborto são substantivos que se referem ao ato de abortar. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*.

¹⁰ HERCULES, Hygino de C. *Medicina legal*/Helio Gomes. Atualizador Hygino Hercules. 33 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 410.

¹¹ GOMES, Joaquim Barbosa. Voto proferido no HC 84.025-RJ. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 85.

¹² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. II, 4. ed., Niterói: Impetus, 2007, p. 238.

¹³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal - parte especial*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 115-116.

crioconservado. A inobservância das regras previstas, na Lei de Biossegurança para a utilização de embriões, tipifica os delitos ali previstos e não aborto.¹⁴

Não obstante o frequente debate ético-legal, aos menos atentos pode parecer que a matéria diga respeito apenas a alguns campos do saber. Isto se deve, provavelmente, ao fato de a produção dos efeitos de maior visibilidade se verificar no campo da medicina e do direito penal. Efetivamente é nestes âmbitos que se dá a formulação de conceitos e estabelecimento de regras. Juridicamente, o aborto é examinado pela medicina legal e pelo direito penal. **Só em data mais recente foi incluído na pauta dos direitos humanos.** Essa indevida limitação já foi denunciada, e há algum tempo se reivindica a articulação da defesa dos direitos sociais com os individuais¹⁵.

Há diferentes situações e circunstâncias que devem ser consideradas e que em alguns casos suscitam controvérsias profundas. O abortamento pode ser espontâneo, acidental ou intencional. **O concebido pode estar em estado embrionário ou fetal, apresentar ou não graves anomalias. Conforme o caso, o aborto pode ser lícito ou ilícito.** Além disso, por vezes, é levada em conta a viabilidade do concebido, assim entendida a sua possibilidade de sobreviver. Tome-se como exemplo a interrupção da gravidez de fetos com graves anomalias, como os anencéfalos.

Odon Ramos Maranhão classifica os abortos em eventuais (de interesse clínico), intencionais (de interesse jurídico) e controvertidos. A primeira categoria compreende os abortos patológicos ou espontâneos e os acidentais; a segunda, os puníveis (provocado, sofrido e consentido) e os não puníveis (terapêutico ou necessário, e sentimental).

No julgamento da ADPF n. 54, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser inconstitucional a interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal¹⁶, com

¹⁴ Lei 11.105, de 24.03.2005.

¹⁵ BARSTED, Leila Linhares. Direitos humanos e descriminalização do aborto. in *Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.* SARMENTO, Daniel *et al.*, p. 110.

¹⁶ “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser

base na laicidade do Estado brasileiro e com fundamento na liberdade e sexual e reprodutiva da mulher e de sua própria dignidade. Tal decisão se ancorou, sobretudo, na inviabilidade de vida extrauterina do recém-nascido e nos direitos fundamentais da mulher garantidos na Carta de 1988.

O aborto deve ser encarado como um direito à autodeterminação corporal da mulher nas primeiras semanas de gestação¹⁷ ou como forma terapêutica de antecipação do parto nos casos de inviabilidade extrauterina ou risco à saúde da gestante. Por isso, não resta dúvida que nos casos em que reste constatada a inviabilidade de vida extrauterina do feto (seja por anencefalia ou outra malformação fetal incompatível com a vida) e/ou a necessidade de preservar a saúde da gestante a interrupção da gestação deve ser autorizada¹⁸, ainda que não especificamente no caso de anencefalia consoante se restringiu a decisão do STF.

conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 12 abr. 2012.

¹⁷ Recentemente, foi noticiado no Brasil que o Supremo Tribunal Federal negou pedido para grávida interromper gestação por entender que o remédio jurídico (Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) manejado era inadequado. Após a demora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para examinar o Habeas Corpus impetrado, a gestante realizou o aborto licitamente na Colômbia. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-42292032?ocid=socialflow_facebook>. Acesso em 19 dez. 2017.

¹⁸ Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já autorizou: “HABEAS CORPUS. AUTORIZAÇÃO PARA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. – Aponta como autoridade coatora o Juiz da 1ª Vara Criminal da Capital. - Aduz a Impetrante que é preciso intervenção jurisdicional para resguardar a integridade física e a dignidade da pessoa humana, utilizando o presente habeas corpus como instrumento constitucional para este fim. - COM RAZÃO OS IMPETRANTES: há nos autos documentação médica dando conta da inviabilidade do feto. MAIS: HÁ RISCOS PARA A SAÚDE DA GESTANTE/PACIENTE. Importante ressaltar que não se trata de laudo de médico particular da paciente, mas laudo médico expedido por uma das mais respeitáveis instituições da área médica: Instituto Fernandes Figueira - FIOCRUZ, onde é atestado que o feto em questão apresenta holoprosencefalia semilobar; microcefalia; hipotelorismo; narina única e rins hiperecogênicos. Enfático é dito laudo médico em asseverar tratar - se o caso em questão de pequena chance de sobrevivência e que os sobreviventes não apresentam ganhos no desenvolvimento, sem falar na presença de alterações em outros órgãos o que torna o prognóstico ainda mais reservado. Há risco igualmente à saúde da gestante, quer no aspecto físico quer no aspecto psíquico. Não se pode impor à gestante o sofrimento de levar até o fim gestação de um ser que, infelizmente, apresenta má formação que põe em risco a vida da gestante e se mostram como mínimas as chances de sobrevivência do feto. Dramas como esse exigem sensibilidade e respeito ao sofrimento imposto à gestante, já fragilizada não só pelo período gestacional (repleto de incertezas) como pelo temor de que sua própria vida (física ou psíquica) venha a sofrer danos irreversíveis ou, ao menos, profundos o suficiente, de modo a não permitir que se a obrigue a levar a termo situação extremamente dolorosa e perigosa. Parecer da comissão de ética da FIOCRUZ favorável à interrupção da gravidez mediante autorização judicial. RATIFICAÇÃO DA LIMINAR. CONCESSÃO DA ORDEM”. BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Habeas Corpus 0059019-10.2015.8.19.0000, 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Gizelda Leitão Teixeira, julg. 17 nov. 2015.

V

LAICIDADE E PLURALISMO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Frequente é também a “condenação social” do aborto, abstratamente considerado, e da mulher que abortou, exclusivamente com base em fundamentos religiosos. Esse tipo de argumentação é encontrado com certa constância no debate jurídico, o que parece impertinente, na medida em que o Brasil é regido por legislação laica. Os campos de pertinência devem ser respeitados. Se é certo que o aborto afeta princípios de diferentes religiões, não menos certo é que as proibições daí decorrentes e as respectivas sanções só podem ser de natureza religiosa em um país laico, permita-se a insistência.

Serve de exemplo de sanção religiosa o caso da menina de nove anos, vítima do padrasto, que engravidou de gêmeos. Conforme noticiado, a Igreja católica, pelo arcebispo de Olinda e Recife, excomungou os médicos que participaram do procedimento de interrupção da gravidez da menor e a mãe da menina, que o autorizou, embora se trate de aborto legal, visto que resultante do estupro. A vítima não está excomungada por ser uma criança¹⁹. O padrasto também não será excomungado, mesmo tendo cometido um pecado gravíssimo: para a Igreja o aborto é mais grave. Não haverá sanção penal para os médicos e para a mãe, por se tratar de um dos casos em que o aborto não é punido (Código Penal, art. 128, II). O padrasto responderá penalmente pelo crime que praticou.

Como se constata, não há coincidência necessariamente entre as sanções religiosas e jurídicas. Como defendem alguns, juridicamente **cabe discutir o direito à inviolabilidade da vida (digna)** e da liberdade, como expresso no artigo 5º *caput*, da Constituição da República. As menções à “sacralidade” da vida devem ser admitidas apenas como licença de estilo, na medida em que sacralizar é tornar sagrado, atribuir caráter sagrado, adjetivo concernente às coisas divinas, religiosas, aos ritos e cultos, ao que é santo. Não obstante, a sacralidade da vida é invocada em julgados, ao lado da inviolabilidade.

¹⁹ Disponível em <http://oglobo.globo.com/pais/cidades/mat/2009/03/06>. Acesso em 28 mar. 2018.

Não se devem confundir argumentos de natureza religiosa com os morais²⁰. Em uma sociedade pluralista, como a brasileira, na qual é assegurada a liberdade de credo (CR art. 5º, VI) **é imperativo considerar a moral laica** (e não a de qualquer religião), quando da análise de questões que envolvam costumes, ou regras de conduta a serem admitidas. **Os princípios (e não dogmas) da moral laica não são absolutos, do mesmo modo que os princípios jurídicos.**

Sobretudo, deve-se ressaltar que, em momento algum e sob qualquer pretexto, seria admissível a imposição do aborto a qualquer mulher. Ao contrário, impõe-se garantir seu direito de decidir. Portanto, a defesa do direito de abortar nenhuma ameaça representa para o direito de as mulheres não interromperem a gravidez, por razões exclusivamente religiosas.

Como reconhecido e apregoadado pela melhor doutrina jurídica, a Constituição da República de 1988 constitui o grande marco do ordenamento jurídico brasileiro, a partir do qual os direitos fundamentais foram plenamente assegurados a todos os brasileiros. Mais do que isso, a Constituição promoveu profunda alteração na compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais, dando início ao processo que vem sendo denominado constitucionalização do direito.

Elaborada no contexto da redemocratização do país, a Constituição da República, ao estabelecer as diretrizes do direito brasileiro, promoveu modificações de profundo alcance social. **A proteção da pessoa humana em sua dignidade passou a ocupar lugar privilegiado em nosso ordenamento.** Consagrados foram os direitos fundamentais, e embora não haja capítulo específico a eles dedicado, estão presentes em várias disposições constitucionais, irradiando sua força por todo ordenamento.

Em conseqüência do processo de constitucionalização do direito, **todas as leis devem passar pelo filtro constitucional, não só sob o aspecto formal de verificação de sua constitucionalidade, mas principalmente no que respeita, permita-se a insistência, a sua**

²⁰ O adjetivo *moral* tem dois significados: a) atinente à doutrina da ética; b) atinente à conduta e, portanto, suscetível de avaliação. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007. O presente texto aproveita ambos sentidos.

interpretação e aplicação. As normas infraconstitucionais, anteriores ou posteriores à nova ordem jurídica, devem se harmonizar com as diretrizes constitucionais. Em consequência, ofende os princípios constitucionais qualquer disposição legal que atinja a pessoa humana em sua dignidade ou afronte seus direitos fundamentais, os quais devem ser analisados de modo que considere, necessariamente, a pluralidade da sociedade brasileira.

O aborto, assim como tantos outros temas, de que são exemplos a homossexualidade e a transexualidade, deve ser examinado e debatido exclusivamente à luz das normas constitucionais. É imperativo afastar opiniões pessoais de qualquer natureza, por mais fundamentadas que se encontrem, sob pena de violação da finalidade precípua da Constituição: “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”.²¹

VI

O ABORTO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República não trata diretamente do aborto. As pessoas que são contrárias ao aborto argumentam que sua realização, por acarretar a morte do concebido, viola o direito à vida, garantido pela Lei Magna. Este o primeiro argumento sempre invocado. Em contrapartida, se argúi que a proibição do aborto fere o direito a liberdade da mulher, pelo menos em duas de suas diferentes expressões: a autonomia reprodutiva e a liberdade de credo. Igualmente envolvidos estão o direito a saúde, o direito a igualdade, e o direito a privacidade. O ponto mais difícil da controvérsia parece residir no confronto entre o direito fundamental do nascituro à vida e o direito fundamental da mulher à liberdade.

²¹ Constituição da República, 1988, Preâmbulo.

Tanto a mulher quanto o ser em gestação estão constitucionalmente protegidos. Não há na Constituição Brasileira, princípios ou direitos absolutos. A colisão de princípios constitucionais não é rara e a doutrina há algum tempo resolveu o problema, mediante ponderação²² dos interesses contrários. Determina-se desse modo, observando critérios estabelecidos juridicamente e acatados pela maioria dos doutrinadores, qual o princípio que deve prevalecer em determinada situação.

Na ponderação entre os interesses da mãe e os interesses daquele que está em gestação constata-se que a proteção é concedida com intensidade diferenciada. A intensidade da proteção tende a aumentar conforme progride a gestação. É o que esclarece o Ministro Joaquim Barbosa Gomes:

A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados.²³

Esta a razão da diferença de penas entre os crimes de aborto, infanticídio e homicídio. A situação jurídica de um embrião ou feto é distinta da situação das pessoas já existentes. O Ministro Joaquim Barbosa Gomes fez, na mesma oportunidade, importantes observações com relação aos casos de não punição do aborto, previstos no artigo 128 do Código Penal. Tanto no aborto necessário, quanto no aborto sentimental, a lei permite que a mãe opte pela interrupção da gravidez, ou seja, que a mulher decida se quer continuar com a gestação. O direito de escolha da mulher é respeitado pela lei, independentemente da viabilidade ou inviabilidade do feto. Segundo o Ministro, “estamos diante, portanto, de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher”.²⁴ Sem dúvida,

²² Sobre o tema ver: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; e TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

²³ GOMES, Joaquim Barbosa. Voto proferido no HC 84.025-RJ. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90.

²⁴ GOMES, Joaquim Barbosa. Voto proferido no HC 84.025-RJ. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 86.

trata-se de entendimento que se harmoniza com a orientação constitucional.

Como já se observou, o Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu no julgamento da ADPF n. 54 a possibilidade de interrupção da gestação quando se tratar de feto anencefálico. Considerando a laicidade do Estado brasileiro, o STF decidiu que a prática de antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico não configura crime de aborto tipificado pelo Código Penal,²⁵ buscando sobretudo resguardar os direitos fundamentais da gestante, entre eles a integridade psicofísica e a liberdade sexual e reprodutiva e preservando, assim, a dignidade da gestante. **A decisão da Corte demonstra que o direito à vida do nascituro não é absoluto, podendo ser afastado, em alguns casos, em razão dos direitos fundamentais da gestante, ainda que sem previsão expressa de excludente de ilicitude no Código Penal. A proteção do nascituro constitui apenas um dos interesses a serem levados em consideração, pois, de outro lado, a gestante deve ser tutelada de forma diferenciada, eis que é merecedora de maior densidade protetiva, dado não condensar mera expectativa de vida, mas a pessoa humana em cujo corpo se desenvolve o nascituro.**

Ademais, conforme compreensão do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-*vista* no Habeas Corpus n. 124.306 a criminalização do aborto significa violação à autonomia da mulher; à sua integridade física e psíquica; aos seus direitos sexuais e reprodutivos; e à igualdade de gêneros. De acordo com o Ministro, tais ofensas ainda se incrementam em relação às mulheres pobres, cujo acesso a procedimentos seguros desta natureza é mais limitado.

²⁵ “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.” BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno, ADPF n. 54/DF, Relatoria: Min. Marco Aurélio, julg. 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 jun. 2012.

Diante disso, inegável que em necessário itinerário de ponderação a partir dos valores imantados na Constituição inclinar-se para a proteção da autonomia da mulher gestante sobre o direito de decidir sobre a interrupção voluntária nos primeiros meses.

VII

O CONTROLE DO CORPO FEMININO E A AUTONOMIA REPRODUTIVA DA GESTANTE: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O aborto envolve graves interesses públicos, interesses superiores da sociedade. Trata-se, sem dúvida nenhuma, de séria questão de saúde que aflige as mulheres, especialmente as mais vulneradas. As mulheres que mais sofrem as consequências negativas da criminalização do aborto são exatamente as já atingidas pela miséria, pela carência de recursos, pela falta de assistência e de informação.

Na ponderação dos interesses em confronto, deve-se considerar que a tutela da vida intra-uterina já é legalmente menos intensa, como antes referido, e cede diante dos direitos fundamentais da gestante, para assegurar a proteção da mulher. Um desses direitos é o direito fundamental à saúde²⁶. A proteção da saúde da mulher, em caso de aborto, está vinculada à legalização e gratuidade do procedimento. A saúde é um direito fundamental e como tal deve ser assegurado a todos. A criminalização do aborto impede muitas mulheres de procurarem assistência, principalmente, aquelas que precisam da assistência pública e principalmente gratuita.

Do mesmo modo é indispensável que se assegure à mulher o direito à liberdade, mediante respeito a decisão da gestante. A gravidez para a mulher, não bastasse a difícil escolha de ter ou não um (ou mais de um) filho, altera profundamente os rumos de sua vida, pessoal, profissional, social. Trata-se de decisão que atinge direta e imediatamente a

²⁶ Sobre aborto e saúde pública, v. “Aborto e saúde pública, 20 anos de pesquisa no Brasil”. Disponível em www.saude.gov.br.

vida privada da mulher e que, portanto, deve ser a ela atribuída e assegurada. A mulher tem o direito de se autodeterminar, especialmente quanto ao rumo de sua vida.

Nesse cenário de medicalização da vida humana já se observou que “é possível falar em uma maior concentração de intervenção médica (práticas e discursos) sobre o corpo feminino se comparado ao masculino”,²⁷ especialmente no campo da reprodução humana. Marilena C. D. V. Corrêa e Maria Cristina R. Guilam, por exemplo, afirmam que a gravidez é “[...] um dos momentos mais medicalizados da vida da mulher. Por meio do discurso biomédico, a mulher grávida se vê cercada, hoje, de uma rede de vigilância de seu corpo, passando a ser responsabilizada não só pela própria saúde, mas também pela produção de um feto saudável”²⁸. O corpo da mulher, especialmente da gestante, é docilizado, adestrado, pouco importando sua vontade e autonomia nas decisões sobre sua própria esfera corporal.²⁹

Por outro lado, é imperativo garantir a autonomia reprodutiva da mulher, enquanto expressão do direito à liberdade. A autonomia reprodutiva fundamenta o direito ao planejamento familiar, mas que com ele não se confunde, a teor da legislação que rege a matéria. Os conceitos estão relacionados, mas não são sinônimos. A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, ao regulamentar o parágrafo sétimo, do artigo 226, da Constituição da República, em seu artigo 2º, entende como planejamento familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade, que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. O parágrafo único, do citado dispositivo legal, proíbe a utilização de qualquer das ações ali mencionadas para fins de controle demográfico.

O aborto consiste na interrupção da gravidez, não sendo procedimento

²⁷ CORRÊA Marilena C. D. V.; GUILAM Maria Cristina R. O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, out. 2006, p. 2.142.

²⁸ CORRÊA, Marilena C. D. V.; GUILAM, Maria Cristina R. O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, out. 2006, p. 2.142.

²⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. A docilização do corpo feminino. In: SILVA, Daniele Andrade da; HERNÁNDEZ, Jimena de Garay; SILVA JUNIOR, Aureliano Lopes da; UZIEL, Anna Paula (Org.). *Feminilidades: Corpos e sexualidades em debate*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2013. V., ainda, BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. In: *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 22, p. 240-271, 2017.

contraceptivo, posto que a concepção já ocorreu. Deve ser rejeitado como meio de regulação da fecundidade. O adequado planejamento familiar é o meio mais eficaz para evitar que as mulheres recorram ao aborto.

A autonomia reprodutiva compreende o direito de decidir livre e responsabilmente sobre: ter ou não filhos; o momento de tê-los; o número de filhos; o espaço intermediário entre os nascimentos. Enfim, é o direito de tomar decisões relativas à reprodução, sem sofrer discriminação, coações e violências. O planejamento familiar é um dos meios de exercício da autonomia reprodutiva.³⁰

O reconhecimento dos direitos ligados à sexualidade e à reprodução como direitos humanos foi tardio.³¹ Tais direitos foram consolidados somente com a edição dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos nos anos 90 do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995³². O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizado no Cairo, relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância aos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde. Tal programa assegura que “[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que freqüência”. Encontra-se implícito, ainda, “[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos,

³⁰ Sobre o tema ver BARBOZA, Heloisa Helena. A reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 777-801.

³¹ Ressalta Cristina Zurutuza que “a primeira menção a que o tamanho da família deva ser ‘de livre opção do casal’ aparece na Declaração Geral da ONU de 1966”, acompanhada pela Declaração de Teerã de 1968, que incorporou o planejamento familiar como direito. ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, p. 192.

³² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 272.

disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei”.³³

No ordenamento pátrio, embora o termo “direitos reprodutivos” ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, mesmo que de modo indireto, da autonomia reprodutiva³⁴ no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

O exame do parágrafo 7º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, “permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada ‘autonomia reprodutiva’”. Com isso, assegurasse “o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”³⁵. Segundo Daniel Sarmento, o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da “própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)”, sendo dotada, portanto, “de inequívoco fundamento constitucional”.³⁶

O direito a privacidade assegura à mulher o poder de decidir sobre seu próprio corpo. Em consequência, impedir que a mulher escolha manter ou não uma gestação indesejada é violar esse direito constitucionalmente assegurado.

³³ Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 243.

³⁴ O princípio ético da autonomia reprodutiva é um dos eixos fundamentais das teorias bioéticas. Atualmente, o discurso bioético enfrenta o problema sobre a “imposição ou não de limites ao exercício da autonomia reprodutiva”, em virtude, principalmente, da fragilidade do “idealismo universalizante” dos princípios éticos gerais universais capazes, supostamente, de mediar grande parte dos conflitos morais típicos da cartilha bioética, evidenciando a “falência universalista da teoria principialista”. DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, 2003, p. 177, e DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. 8. ed. São Paulo: Editora Brasiliense (Coleção Primeiros Passos), 2012, p. 33.

³⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira. (Org.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 788.

³⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-44.

Do mesmo modo, a imposição à mulher da gravidez afronta o princípio constitucional da igualdade entre o homem e a mulher. Não há qualquer imposição ao homem que afete seu corpo capaz de se aproximar do que é imposto à mulher: manter uma gravidez que ela não deseja. Observe-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se pode obrigar o homem a se submeter a exame de sangue, para verificação do DNA, para fins de investigação de paternidade. O homem não pode ser constrangido a retirar uma gota de sangue para fazer o teste de DNA, bem como não pode ser obrigado a doar um órgão para o filho. O exame de sangue e a doação estão submetidos a sua decisão. Mas a mulher deve suportar a gravidez. Onde a igualdade? Uma vida em formação e que vincula o corpo da mulher legitima a subjugação corporal, que só ocorre com relação a mulher?

Não existe no caso discriminação indireta da mulher, que sofre um impacto desproporcional ao suportar toda carga relativa à reprodução? Esse impacto desproporcional será mais forte especialmente em relação às mulheres mais carentes, afetando, portanto, a igualdade social. Como se verifica, o exame dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República autoriza a decisão da mulher sobre o aborto.

VIII

A PROTEÇÃO DA VIDA EM SEUS DIFERENTES ESTÁGIOS (OU RESPONDENDO ÀS PERGUNTAS INICIAIS)

A simples leitura do capítulo I (Parte Especial, Título I), do Código Penal, revela, mesmo aos olhos leigos, a gradação das sanções aplicadas, a depender das circunstâncias em que houve a ofensa à vida, em função de aspectos subjetivos do autor do delito (culpa ou dolo, os motivos do crime), das condições da vítima, inclusive o gênero e a idade, dentre outros.

No caso do crime de aborto, que consiste na interrupção da gravidez como de início assinalado, não há qualquer consideração quanto ao estágio (ou tempo) da gravidez, como se o processo de reprodução humana (na parte que interessa ao debate),

que se inicia na concepção e se conclui com o parto, não exigisse diferentes apreciações sob o ponto de vista médico, moral e jurídico.

Essa análise é indispensável em face do atual contexto em que os embriões humanos criados em laboratório, que se encontram crioconservados, configuram vida humana extrauterina e pré-natal. Contudo, como não há gravidez seu descarte não configura aborto – nem deve como adiante defendido, conforme igualmente acima explicitado. Seria o fato de ainda não terem entrado em gestação (que pode jamais se verificar) razão bastante para não terem proteção jurídica? Ou como de início indagado, permita-se a repetição: seria o fato da gestação o grande diferencial? O que afinal se pretende proteger atualmente com a criminalização do aborto? Por que há tratamento diferenciado entre o embrião em laboratório e o que se encontra no útero?

Afinal o que difere uma situação da outra?

À evidência, o que a lei penal procura proteger não é a gestação, mas a vida humana que ali se encontra em desenvolvimento. Se o embrião em laboratório também está em desenvolvimento, certo que suspenso por força da crioconservação, por que seu descarte não caracteriza algum tipo de delito contra a vida? Não há, nem deve haver, este tipo de previsão legal, embora existam defensores, especialmente por razões de natureza religiosa, que a “morte” do embrião (decorrente do descarte por exemplo) deveria ser punida.

Chega-se desse modo, novamente, à pergunta de há muito respondida pela ciência: “quando começa a vida humana”? Como destaca Maurizio Mori, “essa pergunta só tem uma resposta sensata: ‘A vida humana começou no passado longínquo, há centenas de milhares de anos, e desde então ela se tem transmitido através do teleológico da reprodução’”.³⁷ Conforme o autor, fica clara a inconsistência da discussão sobre o começo da vida, quando se consideram os diferentes conceitos que isso envolve e principalmente o “modo biológico” de pensar, que se preocupa com “processos dirigidos a um fim (teleológicos) e com os diferentes níveis de complexidade do processo vital

³⁷ MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto*: sacralidade da vida e novo papel da mulher. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: UnB, 1997, p. 59.

(emergência de novidade)”. Em consequência, a questão central é saber “Quando começa o processo teleológico de transmissão da vida?”.

Maurizio Mori atribui a dificuldade de resposta a essa pergunta ao fato da vida ser “um *ciclo* e, como tal, ele não começa nunca, e cada ponto do ciclo, pode ser um possível candidato para assumir esse papel ‘inicial’. Nessa perspectiva, até a escolha do parceiro dever ser levada em consideração, visto que “parece sensato dizer que o processo de transmissão da vida humana tem início quando duas pessoas de sexo diferente decidem por em ato as capacidades generativas”.³⁸

Observe-se que esse tipo de argumento ganha concretude quando se trata de um projeto parental em que se utilizam as técnicas de reprodução assistida, em que há verdadeiramente um projeto, que pode compreender a escolha dos doadores de gametas e a própria gestante. Mas em qualquer caso, o processo teleológico pode não atingir o seu fim, porque depende de sua dinamicidade intrínseca e não da probabilidade de sucesso.³⁹

Emerge desse tipo de análise o não cabimento da discussão sobre o “começo” da vida, mas a necessidade de se determinar o momento do processo vital a partir do qual é razoável haver proteção jurídica, e certamente esse momento não deve ser o da escolha do parceiro. Assim sendo, fica evidente que a proteção deve ser diferenciada, para ser razoável e adequada aos diferentes momentos do processo, ou, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa, que, perdoadada a insistência, merecem nova transcrição:

A tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados.

O embrião humano, crioconservado ou não, merece tutela jurídica que deve efetivamente ter graus diferenciados, que levem em conta as diversas fases da vida

³⁸ MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: UnB, 1997, p. 60.

³⁹ MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher*. Trad. Fermin Roland Schramm. Brasília: UnB, 1997, p. 61.

humana. Não é o fato da concepção, nem o de haver gestação abstratamente considerada, que autorizam a proteção em grau máximo.

Observe-se que, o reconhecimento dessas diversas fases de desenvolvimento de há muito existe, mesmo na presença de gravidez. Serve de bom exemplo o disposto na Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 222, de 28 de março de 2018, da ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que ao regulamenta, na linha de Resoluções anteriores, as Boas Práticas de Gerenciamento dos Resíduos de Serviços de Saúde, classifica como “resíduo de serviço de saúde”:

Peças anatômicas (membros) do ser humano; produto de fecundação sem sinais vitais, com peso menor que 500 gramas ou estatura menor que 25 centímetros ou idade gestacional menor que 20 semanas, que não tenham valor científico ou legal e não tenha havido requisição pelo paciente ou seus familiares. (sem grifos no original)
(RDC Nº 222/2018, Anexo I, Subgrupo A3)

É imperativo considerar, por outro lado, que a proteção constitucional se volta para a pessoa humana, que transcende do mundo natural, e certamente não se encontra num óocito fecundado ou num feto em fase inicial de gestação. Não há que se confundir *vida* humana com *pessoa* humana, muito menos *embrião* ou *feto* com pessoa. Em todas as fases de sua vida o ser humano deve ser protegido, mas de modo diferenciado, adequado ao momento do ciclo vital.

Imperioso, por conseguinte, que a garantia da inviolabilidade do direito à vida deve se efetivar respeitando as diferentes fases de seu desenvolvimento.

IX

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas razões acima expostas e especialmente considerando que a proteção da vida humana, que constitui o objetivo da criminalização do aborto, deve necessariamente

se adequar as suas diversas fases de desenvolvimento, sob pena de violação dos princípios constitucionais de início mencionados, apoia o IBIOS a tese da parte autora, que deve ser acolhida nos termos propostos.

Rio de Janeiro, 06 de julho de 2018.



HELOISA HELENA BARBOZA

DIRETORA EXECUTIVA



VITOR DE AZEVEDO ALMEIDA JUNIOR

VICE-DIRETOR EXECUTIVO