

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

CAIO DE SOUZA CAZAROTTO

O DIREITO À VIDA DO NASCITURO: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2017

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Caio de Souza Cazarotto

**O DIREITO À VIDA DO NASCITURO: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO
DIREITO**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, sob a orientação da Prof^a Dr^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Filosofia do Direito.

São Paulo

2017

BANCA EXAMINADORA

Prof^a Dr^a Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

Prof. Dr. Roberto Ferreira Archanjo da Silva

Prof. Dr. Wagner Ferreira da Silva

AGRADECIMENTOS

A Deus, a quem devo toda minha vida.

À Professora Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, que me deu orientação e auxílio para a realização desse trabalho.

Aos meus pais e familiares, que me deram confiança e apoio necessários.

Aos demais professores com quem tive a honra de aprender ao longo do período de Mestrado.

Aos meus amigos, colegas e todos aqueles que tornaram esse trabalho possível.

“Às vezes ouço passar o vento; e só de ouvir o vento passar, vale a pena ter nascido.”
(Fernando Pessoa)

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo principal abordar o complexo tema do direito à vida do nascituro na busca por sua máxima efetividade no plano do ordenamento jurídico brasileiro. Para que esse escopo seja atingido, são trazidos em primeiro lugar os diferentes âmbitos do problema: a noção bioética do momento em que tem início a vida humana individual e a partir de quando ela deve ter sua dignidade intrínseca reconhecida e resguardada; as normas do sistema jurídico brasileiro referentes diretamente ao tema; a análise crítica dos dois precedentes jurisprudenciais mais recentes e importantes que envolvem o assunto; a apresentação de um amplo panorama histórico dos séculos XX e XXI quanto à relativização do direito à vida humana intrauterina por influência de agentes específicos, capazes de intervir na ordem jurídico-política brasileira. Por fim, valendo-se de todos esses elementos em conjunto, busca a proposição de caminhos e possibilidades jurídicas reais a fim de que o ordenamento brasileiro possa assegurar com maior eficácia o direito à vida do nascituro, sem negligenciar os demais direitos fundamentais intimamente entrelaçados a esse, tal como a dignidade da gestante.

Palavras-Chave: Direito à vida; Nascituro; Bioética; Relativização; Efetividade

ABSTRACT

The present dissertation have to the principal objective to approach the complex theme for the unborn's right of life in search of maximum effectiveness in the plan of brazilian legal framework. For this scope been reached, are brought in the first place the different areas to the problem: the bioethics notion of the moment on which arise the individual human life and onwards when it has been its dignity recognized and guarded; the norms of brazilian legal sistem regarding directly to the theme; the critical analysis for the two jurisprudencial precedentes more recentes and importants that involve this topic; the presentation of a great historical panoramas of the 20th and 21st centuries about the relativization of the right of intrauterine human life for the influence of the specific agents, capable to interview into the brazilian legal-politic order. Finally, invoking of all these elements concurrently, search the proposition of roads and real juridics possibilities in order to that the brazilian legal framework can ensure more efficient of the unborn's right of life, without neglecting the others fundamental rights closely linked with this, such as the pregnant's dignity.

Key Words: Right of life; Unborn; Bioethics; Relativization; Effectiveness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – A BIOÉTICA E O INÍCIO DA VIDA HUMANA	13
1.1. ÉTICA.....	13
1.2. A DIGNIDADE HUMANA	17
1.3. O SURGIMENTO DA VIDA HUMANA SOB O PRISMA CIENTÍFICO.....	20
1.4. BIOÉTICA	24
1.4.1. Paradigmas Bioéticos.....	24
1.4.2. Histórico do desenvolvimento bioético contemporâneo	29
1.5. O ESTATUTO MORAL DO NASCITURO	33
1.5.1. Teorias que rejeitam a concepção como início da vida.....	33
1.5.2. Teorias que consideram o embrião como potencialidade de vida.....	35
1.5.3. Teoria hilemórfica	37
1.5.4. Outras teorias	38
1.6. AS FORMAS DE ABORTO E AS CONSEQUÊNCIAS PSICOFÍSICAS PARA A GESTANTE	44
CAPÍTULO 2 – O DIREITO À VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	47
2.1. BIODIREITO	47
2.2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	48
2.2.1. Constituição Federal	49
2.2.2. Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos.....	55
2.2.2.1. Convenção dos Direitos sobre Pessoas com Deficiência	57
2.2.2.2. Declaração Universal das Nações Unidas	58
2.2.2.3. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	59
2.2.2.4. Convenção Interamericana de Direitos Humanos.....	60
2.2.2.5. Convenção Sobre os Direitos da Criança	62
2.2.2.6. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.....	64
2.3. NORMAS DE DIREITO CIVIL.....	65

2.4. NORMAS DE DIREITO PENAL.....	74
2.5. PRECEDENTES ATUAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	80
2.5.1. <i>Os embriões excedentários</i>	81
2.5.2. <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510</i>	84
2.5.3. <i>O feto anencefálico</i>	89
2.5.4. <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54</i>	93
2.6. ASPECTOS CRÍTICOS	99

CAPÍTULO 3 – HISTÓRICO RECENTE DA RELATIVIZAÇÃO DO VALOR DA VIDA HUMANA

INTRAUTERINA.....	101
3.1. ORIGENS HISTÓRICAS DO INÍCIO DO SÉCULO XX.....	101
3.2. AS FUNDAÇÕES INTERNACIONAIS E A RELATIVIZAÇÃO DO VALOR DA VIDA HUMANA INTRAUTERINA.....	104
3.3. HISTÓRICO NO BRASIL	123
3.4. ESTATÍSTICAS E ALEGAÇÕES SOBRE O ABORTO.....	133
3.5. APORTES NECESSÁRIOS AO ENTENDIMENTO DAS ESTRATÉGIAS ABORTIVAS	137

CAPÍTULO 4 – PERSPECTIVAS DE DEFESA DA VIDA DO NASCITURO

4.1. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL	140
4.2. PROPOSTAS DE NORMATIZAÇÃO PARA O ABORTO EM CASOS DE ESTUPRO.....	141
4.2.1. <i>Prazo para o abortamento</i>	142
4.2.2. <i>Indício de Prova</i>	144
4.2.3. <i>Outros Direitos e Oportunidades</i>	146
4.2.4. <i>Consentimento do Representante Legal</i>	148
4.2.5. <i>Sujeito Ativo do Estupro</i>	149
4.3. PROPOSTAS DE NORMATIZAÇÃO PARA O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA	151
4.3.1. <i>Propostas de Descriminalização do Aborto de Fetos Anencefálicos</i>	152
4.3.2. <i>Novos Serviços e Opções para a Gestante de Feto Anencefálico</i>	155
4.3.3. <i>ADI 5581 e a Discussão sobre o Aborto nos Casos de Fetos com Microcefalia</i>	157
4.4. TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO	159

4.5. TUTELA JURÍDICA DA GESTANTE	162
4.6. PROJETO DE ESTATUTO DO NASCITURO	165
CONCLUSÃO.....	169
BIBLIOGRAFIA	170
ANEXO 1: O CICLO VITAL HUMANO ATÉ O NASCIMENTO.....	170
ANEXO 2: SUBSTITUTIVO DO PROJETO DE ESTATUTO DO NASCITURO	170

INTRODUÇÃO

O tema sobre o direito à vida do nascituro apresenta enorme amplitude, abrangendo desde aspectos filosóficos, éticos, jurídicos até as ciências biomédicas. Diante desse vasto espectro de abordagens e estudos possíveis, surge interesse e preocupação quanto ao tema no bojo do contexto histórico-cultural da atualidade.

Revelada cientificamente a existência do processo vital no nascituro desde o momento da concepção, analisada a perspectiva histórica de uma cultura que nas últimas décadas tende à menor preocupação com o respeito à dignidade dessa vida e verificadas as normas do sistema jurídico pátrio que visam à tutela da vida em todos os seus estágios, questiona-se: existe algum mecanismo pelo qual se garanta maior eficácia ao direito de que o nascituro não será privado arbitrariamente de sua vida?

Esse problema surge em vista da clara percepção da insuficiência de que Leis e instrumentos jurídicos que reconhecem e garantem formalmente o direito à vida em todas as fases do seu desenvolvimento possam fazer frente ao confronto com vastos mecanismos de poder internacional capazes de impor uma cultura e uma mentalidade que incentivam a liberalização do aborto e o descarte de embriões humanos.

Em face do principal problema que permeia cada ponto específico do trabalho, é fundamental uma abordagem filosófica ética e bioética, que apresente em seus paradigmas gerais o momento de início do processo vital e suas consequências em termos de responsabilidade ética.

Na interface entre os planos individual e coletivo em que se situa o ser humano no que respeita às ciências naturais e normativas como pressupostos elementares pelos quais se sustenta o plano da *bioética*, existem três modelos éticos que se confrontam quanto a essa questão, quais sejam: o pragmático-utilitarismo, o principialismo e o antropológico personalista ontológico.

A conjunção desses três modelos pode esclarecer o histórico da expressão *bioética*, cujo caráter é transdisciplinar, e considera o desenvolvimento técnico e científico da atualidade em áreas de medicina, genética e embriologia, tendo em vista duas considerações: o controle sobre a vida humana e a construção do *biopoder*.

No que se refere às normas de direito positivo, é importante focalizar as atinentes ao ordenamento jurídico brasileiro, que reconhecem a necessidade de proteção à dignidade e ao direito à vida em todos os seus estágios.

Analisa, nessa linha, desde as normas juridicamente superiores até as inferiores, abordando, dessa forma, do direito constitucional às principais jurisprudências sobre o tema, passando pelos tratados internacionais de direitos humanos referendados pelo Brasil e as normas de direito civil e penal.

Demonstra que as últimas decisões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, a despeito de alegar a aplicação das normas constitucionais ao caso concreto, pode estar deturpando e corrompendo o conteúdo substancial da norma superior fazendo com que esta, na prática, acabe por tornar-se letra morta.

Em uma abordagem do aspecto histórico, é preciso atentar para a formação gradual e progressiva de um fenômeno que se caracteriza por estratégias e projetos de longo prazo envolvendo intelectuais e organizações internacionais com poder econômico e influência política que geram graves efeitos culturais, políticos e jurídicos em âmbito internacional no que diz respeito à relativização do valor da vida humana intrauterina, inclusive com seus desdobramentos no contexto histórico da formação dessa cultura no Brasil.

O panorama filosófico, ético, histórico, cultural, político e jurídico pode auxiliar na busca do caminho para a efetiva concretização do respeito à dignidade do nascituro, o que visa analisar os meios culturais viáveis para atingir esse escopo e, posteriormente, verificar os mecanismos jurídicos que permitam que esse direito seja não apenas existente e válido, mas, sobretudo, eficaz socialmente.

A pluralidade de prismas que o tema apresenta não constitui uma aleatoriedade arbitrária de pontos de vista: ao contrário, tem o objetivo central de encarar o problema na sua máxima complexidade e buscar meios para que o direito à vida desde a concepção alcance verdadeira efetividade.

CAPÍTULO 1 – A BIOÉTICA E O INÍCIO DA VIDA HUMANA

A compreensão da bioética quanto aos elementos multidisciplinares que a compõe e quanto às suas finalidades passa pelo entendimento prévio das concepções filosóficas sobre ética que puderam trazer à tona esse tema. O confronto entre o entendimento dos filósofos que se dedicaram ao assunto forma uma espécie de *status quaestionis* (“estado da questão”), que deve ser analisado como pressuposto necessário para que se possa adentrar em um terreno multifacetado e, tendo em vista esta pluralidade, construir uma base de fundamentos que sustentem a relação entre ética e vida.

1.1. ÉTICA

A expressão *ética* provém da origem grega *ethos*, que significa “morada”, “lugar”, referindo-se ao *locus* que singulariza o ser humano em relação aos animais. A ética traz em seu bojo, portanto, um duplo viés: 1º) pode ser compreendida como a ciência da finalidade humana, a busca pelo bem e pela realização de valores aos quais o homem adere para alcançar a felicidade, o fim de sua natureza específica; 2º) pode ser entendida como a ciência do móvel do agir humano, sendo este o critério para definir o conjunto de normas que guia ou deve guiar a conduta dos homens.

A primeira concepção parte da existência de uma ordem objetiva na estrutura da realidade e da participação do ser humano nessa ordem que preexiste a ele. Segundo o entendimento dos filósofos que partilham dessa corrente, o homem possui uma natureza ou essência específica, associada à razão (ou *logos*). A segunda concepção se refere ao conjunto de forças e motivos que ordenam o agir humano.

Platão foi um dos primeiros filósofos a desenvolver uma teoria da ética como fim em *A República* no século IV a.C. através da concepção das virtudes humanas como funções da alma e de que o indivíduo virtuoso é o modelo para a cidade virtuosa. Aristóteles, no entanto, foi o pensador grego que conferiu maior expressão à ética da finalidade em seu *Ética a Nicômaco*, pois percebe que cada bem almejado pelo homem é a finalidade de uma ciência em particular, sendo por exemplo, o da medicina a saúde, o da estratégia a vitória, o da economia doméstica a riqueza; nesse sentido, o bem humano deve ser a finalidade da ciência ética e, no plano da coletividade, da ciência política. A partir do confronto e do diálogo com

as opiniões dos sábios de seu tempo quanto ao que constituiria esse bem maior, objeto da ética, Aristóteles conclui que “o bem humano é o exercício ativo das faculdades da alma humana em conformidade com a virtude, ou se houver diversas virtudes, em conformidade com a melhor e mais perfeita delas.”¹ Aristóteles inaugura, assim, a ciência ética, conferindo-lhe o respaldo de ciência prática, cujo fim é a felicidade perfeita e cuja denominação em grego é *Eudaimonia*, uma atividade que se conforma à virtude para a qual cada ser se destina, ou seja, é uma forma de “viver bem” relacionada à natureza humana específica, caracterizada por ser racional.

Essa concepção se mantém sob nova conotação no decorrer da Idade Média a partir da filosofia patrística e escolástica, que abrange a ideia de que o fim último do homem, inscrito em seu próprio ser e em direção ao qual ele guia seu agir, é Deus, entendido este como fundamento da racionalidade universal. Ganha novo sentido, a partir daí, a utilização dos termos *virtude e felicidade*.

No plano da segunda concepção ética, como o estudo sobre o móvel do agir humano, ela pode ser dividida em dois segmentos: 1º) aquela que busca nos sentimentos humanos o fundamento de sua conduta; 2º) a que busca esse fundamento na razão humana.

De acordo com o primeiro segmento, a antiguidade grega traz Epicuro como principal expoente, que baseia a ética nas sensações: “Prazer e dor são as duas afeições que se encontram em todo animal, uma favorável e outra contrária, através das quais se julga o que se deve escolher e o que se deve evitar.”²

Na modernidade, esse sentido da ética baseada na subjetividade dos sentimentos individuais ressurgiu especialmente com Thomas Hobbes em sua filosofia política, na qual as normas de bem e mal deixam de possuir uma dimensão objetiva:

O que denominamos *Bom* é, quase sempre, objeto de qualquer apetite ou desejo humano, enquanto que o *Mau* é objeto de ódio e aversão. Depreciação é usado em relação ao que é *Vil*, *Inconsiderável* ou *Indigno*. (...) Nada é simples e absoluto, nem nenhuma Regra de Bem ou Mal pode proceder da natureza dos objetos, mas sim do homem (onde não existe Estado) ou (em um Estado) da pessoa que representa; ou de um Árbitro ou Juiz aos quais o homem permite estabelecer e impor como sentença sua Regra do Bem ou Mal.³

Percebe-se dessa formulação que o agir moral ou ético se funda nos sentimentos e nas opiniões individuais, conduzindo, desse modo, não ao reconhecimento de uma

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3ª edição, São Paulo: Edipro, 2013, p. 50.

² ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 446.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Editora Ícone, 2000, Coleção Fundamentos do Direito, p.47.

racionalidade prévia e estabelecida na mesma ordem da realidade, mas à criação pura e simples de um soberano constituído como tal pelo consenso mediante a ficção do contrato social.

A ética pragmático-utilitarista segue a mesma linha de fundar o agir humano no caráter sensitivo. Suas raízes históricas antigas remetem aos hedonistas gregos e suas bases modernas se fundamentam em Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill. Essa ética prescreve basicamente os seguintes princípios ou deveres: 1º) maximizar o prazer; 2º) minimizar a dor; 3º) ampliar a esfera das liberdades pessoais, compreendidas com base nos dois princípios anteriores, para a maior quantidade de pessoas possível.

A ética baseada no móvel da *racionalidade humana* encontra em Immanuel Kant seu principal defensor, em especial na sua *Crítica da Razão Prática*. Kant considera, em oposição aos teóricos da ética como finalidade, que é a lei moral por si mesma, inscrita na razão, que determina o bem, não havendo que se falar numa existência prévia deste em relação àquela. Contra os teóricos da ética fundada nos sentimentos, Kant afirma que o bem estabelecido pela lei moral jamais pode ser fixado como meio para outro fim – como adquirir um deleite ou beneficiar um amigo – mas deve se basear tão somente no cumprimento de um dever, de uma máxima fixada pela razão de modo incondicional, que se resume na seguinte expressão: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal.”⁴

Essa ética baseada num *absolutismo do dever* traz como resultado, no entanto, uma separação radical entre o plano ontológico do mundo natural – cuja investigação ficaria totalmente circunscrita ao âmbito das diversas ciências – e o plano deontológico do mundo ético, cuja forma é fixada pela razão prática, mas cuja substância ou essência se perde em relação à concepção tradicional da ética como fim em razão da negação de toda metafísica possível. A crítica comumente feita a Kant é de que a formulação do caráter absoluto da máxima do agir moral não encontra fundamento algum na realidade, tendo em vista que o homem, segundo o filósofo alemão, não tem acesso ao conhecimento das coisas em si mesmas, mas apenas do modo como elas se apresentam à sua estrutura de percepção.

Diversos fatores históricos contribuíram para diluir a ética como um fator objetivo de guiamento das condutas humanas, relegando-a a um plano subjetivista. Desses fatores, alguns dos mais importantes são: a) o estabelecimento de uma mentalidade científica moderna em que o saber humano se reduz apenas ao conhecimento que pode ser obtido por cada

⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Tradução e prefácio de Afonso Bertagnoli 3ª edição, São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1959, p.56.

ciência, compreendido esse conceito como recorte prévio da realidade para fins determinados; b) as concepções de que o agir moral não passaria de uma máscara que oculta os verdadeiros interesses ou pulsões relativas ao sujeito ou à coletividade a que ele pertence; c) a consolidação do separatismo absoluto entre os planos do ser e do dever ser. A essa concepção corresponde uma visão de homem cuja constituição de ser e estar no mundo transversa a racionalidade com as pulsões. Tal entendimento deriva de fatos históricos fundamentais no entendimento do percurso humano tais como as duas grandes guerras mundiais.

Diante da presença dessa diversidade de concepções éticas, redutíveis, porém, às duas formas apresentadas – como fim do agir humano e como móvel que determina esse agir – é possível tecer algumas considerações que permitam superar a tendência a um total relativismo:

1º) A conduta humana é movida por algo – que pode ser paixão, sentimento ou razão – e é direcionada a um fim – um bem determinado – que guia a vontade.

2º) O homem é o único ser da natureza capaz de buscar fundamentos e justificativas para o seu próprio agir.

3º) A natureza humana se diferencia das coisas e dos animais especificamente pela presença da razão. Isso também é afirmado, ainda que implicitamente, pelos próprios teóricos da ética fundada em sentimentos subjetivos, tendo em vista que apenas o ser humano é capaz de desejar algo *como bem*, é capaz de *identificar* o que está sentindo como prazer ou dor, ao passo que os animais apenas desejam e sentem, sem identificar o quê (*quid*).

Se apenas o ser humano é capaz de uma consciência ética e possui capacidade para agir com vista a um bem como forma de realização pessoal, há que se estudar qual sua natureza específica a fim de que se possa cogitar sobre o fundamento real de sua dignidade e o reconhecimento devido a ela no âmbito da sociedade e do direito.

Posto que o Direito ordene relações interpessoais, seu compromisso com fundamentos éticos é a via de soluções de conflitos, mesmo aqueles que se constituem em interfaces de naturezas: a geral e a especificamente humana, conjugando princípios e práticas enquanto parâmetros legais de eficácia social.

1.2. A DIGNIDADE HUMANA

Existe alguma essência identificável quanto ao conceito de dignidade humana? O tema, tão discutido no plano jurídico, pode ser visto a partir de um fundamento filosófico para maior esclarecimento.

A perspectiva da dignidade humana tem início na filosofia grega, especialmente a partir dos pensadores socráticos, e recebeu, de forma incisiva, grande investimento na tradição judaico-cristã.

A concepção platônica presente em *A República* e no *Fedon* de que o ser humano é capaz de conhecer coisas imutáveis e eternas, sendo, portanto, dotado de uma natureza compatível com essa imutabilidade e eternidade, é um dos elementos que evidencia o valor intrínseco do homem, cujo guia da máxima realização de seu ser é a virtude (*aretè*). Aristóteles amplia o entendimento dessa dignidade ao dissertar sobre a peculiaridade da natureza humana, identificando-a com sua característica racional, ou seja, com a capacidade de captar de forma inteligível a realidade que se lhe apresenta, potencialidade conferida por uma entidade espiritual supraconsciente, que o filósofo denomina como *noesis noeseos*.

Em paralelo à visão filosófica clássica, no plano da tradição judaico-cristã, a dignidade surge como reflexo da aliança (do hebreu: *Berith*) estabelecida entre Deus e os homens por meio das etapas da Revelação. Os judeus – no sentido da comunidade judaica – afirmam sua dignidade por se constituírem como Povo Eleito. No Cristianismo, a noção de dignidade abarca não apenas o plano da coletividade, mas também um âmbito mais pessoal, em que a sacralidade de cada ser humano é afirmada em virtude de sua relação filial com Deus.⁵

O desenvolvimento da consciência da dignidade humana ocorre com a patrística e a escolástica em razão da confluência entre a filosofia grega e a tradição judaico-cristã, a despeito da centralidade humanística que caracterizou o Renascimento. Tomás de Aquino, maior expoente da escolástica, no século XIII, afirma o grau de dignidade de cada ser na medida de sua participação no Ser Supremo; dessa forma, o homem, dotado de intelecto ou razão e em vista de sua abertura, ainda que imperfeita, para a totalidade do real, possui um grau maior de participação no Sumo Ser e, portanto, tem maior dignidade. Escreve o Aquinate:

⁵ A afirmação da dignidade humana universal é classicamente expressa por Paulo de Tarso na sua Carta aos Gálatas, em que afirma: “já não há nem judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus” (Gal. 3, 28). In: BIBLIA DE JERUSALÉM. Nova edição revista e ampliada, 8ª impressão, São Paulo: Editora Paulus, 2012, p.2035.

Pessoa significa o que há de mais perfeito em toda natureza, a saber, o que subsiste em uma natureza racional. (...) Por isso, alguns definem pessoa dizendo que é *uma hipóstase distinta por uma qualidade própria à dignidade*. Ora, é grande a dignidade de subsistir em uma natureza racional. Por isso, dá-se o nome pessoa a todo indivíduo dessa natureza, como foi dito.⁶

No século XIV, Giovanni Pico della Mirandola trata sobre o tema da dignidade humana sob enfoque cristão, mas a partir de um prisma antropocêntrico, em que o homem se apresenta explicitamente como o centro não apenas da criação mas também das preocupações filosóficas. Pico procura a base da dignidade humana num mito, que pode ser resumido da seguinte forma: após a criação do mundo, Deus quis formar um ser que fosse capaz de captar a razão e a essência de todas as coisas; dessa forma, infundiu no homem, de modo parcial, tudo aquilo que havia sido conferido às demais criaturas, tornando, assim, a natureza humana indefinida e em direção a uma determinação, cuja forma final cabe ao próprio homem escolher mediante seu arbítrio soberano. O ser humano, portanto, está no centro e em busca de sua própria essência, sendo essa a razão de sua dignidade:

Coloquei-te no meio do mundo para que daí possas olhar tudo o que há no mundo. Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de si mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tiveres seguramente escolhido. Poderás degenerar até aos seres que são as bestas, poderás regenerar-te até as realidades superiores que são divinas, por decisão de teu ânimo.⁷

No plano da filosofia moderna, Immanuel Kant é o filósofo que, no século XVIII, retoma a discussão sobre o fundamento no qual se assenta a dignidade humana em seu livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Kant parte de uma concepção diferente da metafísica grega clássica e da revelação judaico-cristã, concentrando sua análise exclusivamente no homem como único ser capaz de autodeterminação:

A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. Ora, aquilo que serve a vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é só dado pela razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais.⁸

⁶ AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*. 2ª edição, São Paulo: Edições Loyola, Janeiro de 2003, Volume 1, Parte I – Questão 29, item 3, p.529.

⁷ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Tradução: Maria de Lourdes Sirgado Ganho, estudo pedagógico: Luíz Loia, edição bilíngue, Lisboa: Edições 70, 2006, p.53.

⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007, p.67.

Em face da característica intrínseca de autodeterminação da vontade, Kant afirma o ser humano como fim em si mesmo, não podendo se constituir como meio de vontades externas. Essa conclusão, complemento da asserção anterior, é expressa da seguinte forma:

O homem e – duma maneira geral – todo ser racional existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário dessa ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo quanto nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.⁹

Na primeira metade do século XX, Edith Stein busca uma visão filosófico-antropológica a partir da união entre as contribuições da fenomenologia de Edmund Husserl e do pensamento tomista. Investiga, dessa forma, o que caracteriza a singularidade da pessoa humana em relação a todos os demais seres:

Ya hemos puesto en evidencia el hecho de que el ser individual del hombre, como el de toda persona espiritual, se distingue del ser individual de todas las cosas impersonales. La naturaleza de este ser individual es tal que la vida brota en el *yo* y ha sido colocada en las manos del *yo* personal de dos maneras: para ser consciente de sí misma en cuanto vida particularizada con relación a toda otra vida y para formarla libremente.¹⁰

As características peculiares da possibilidade de consciência, da autoconsciência e do exercício da liberdade, próprias do homem, tornam sua forma algo peculiar, sendo esse o fundamento para se afirmar a dignidade humana.

O substrato da dignidade, portanto, refere-se a um ser vivo individual dotado de particularidades. A principal delas é aquela que permite sintetizar o fundamento da dignidade humana, no entanto, é a capacidade de transcender a si mesmo e seus próprios limites, algo que ocorre em cada momento do processo vital. Essa característica central é afirmada por Ignacio Falgueras Salinas:

La persona humana puede transcender activamente sus propias operaciones e sus logros: al transcenderlos los reconoce como límites a la vez que los supera. Este transcender lo suyo implica un trascenderse a sí misma, o, lo que es equivalente, estar abierta al ámbito de la amplitud irrestricta. En términos menos exactos, pero más esequibles... la persona está abierta a lo infinito. Téngase en cuenta que el

⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 67-68.

¹⁰ STEIN, Edith. *Ser finito y ser eterno: Ensayo de una ascención al sentido del ser*. Tradução: Alberto Peres Monroy, Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp.515-516. “**Já temos posto em evidência o fato de que o ser individual do homem, como o de toda pessoa espiritual, se distingue do ser individual de todas as coisas impessoais. A natureza desse ser individual é tal que a vida brota no eu e é colocada nas mãos do eu pessoal de duas maneiras: para ser consciente de si mesma enquanto vida particularizada com relação a toda outra vida e para formá-la livremente.**”

limite definitivo de la realidad finita no es tanto otra cosa finita – o limite externo – cuanto una limitación intrínseca o el limite interno que la liga a sí misma. Si la persona es capaz de superar sus limites internos, y eso es lo que implica la mencionada autotranscendencia, es que ella está abierta por completo, no encapsulada o encerrada en sí, sino intrinsecamente abierta sin restricción alguna.¹¹

Abarcado de modo geral o âmbito e o significado da dignidade humana, é possível afirmar que esse princípio se fundamenta em valores, tanto morais quanto éticos, que sedimentam Estados Democráticos de Direito e respaldam iniciativas para com direitos fundamentais relacionados não só com indivíduos, mas também com a coletividade enquanto base de ações jurídicas essenciais.

O fundamento da dignidade refere-se, portanto, a cada indivíduo humano, com suas peculiaridades próprias, não obstante a existência humana ser insustentável fora das interações sociais. Resta saber, como e quando tem início a vida, buscando para isso o máximo grau de certeza científica possível.

1.3. O SURGIMENTO DA VIDA HUMANA SOB O PRISMA CIENTÍFICO

Os estudos científicos a respeito da origem da vida humana remontam há vários séculos e fizeram parte das mais diversas sociedades antigas. Um exemplo desses estudos encontra-se na formação da embriologia hindu, no tratado *Garbha Upanishad*, escrito no ano de 1416 a.C., no qual são encontradas as seguintes observações correspondentes à sequência do desenvolvimento vital:

A partir da conjugação do sêmen e do sangue, o embrião passa a existir. Durante o período favorável à concepção durante o contato sexual, (ele) torna-se um Kalada (embrião de um dia). Após sete noites, torna-se uma vesícula. Passada uma quinzena, vira uma massa esférica. Depois de um mês, uma massa firme. Depois de dois meses, a cabeça está formada. Três meses após, surgem a região dos membros.¹²

¹¹ FALGUERAS SALINAS, Ignacio. *Hombre y destino*. Pamplona: EUNSA, 1998, pp.55-56. Tradução: “A pessoa humana pode transcender ativamente suas próprias operações e seus ganhos: ao transcende-los, os reconhece como limites, na medida em que os supera. Esse transcender o que é próprio implica um transcender-se a si mesma, ou, o que é equivalente, estar aberta ao âmbito da amplitude irrestrita. Em termos menos exatos, porém, mais acessíveis... a pessoa está aberta ao infinito. Tenha-se em conta que o limite definitivo da realidade finita não se tanto outra coisa finita – o limite externo – quanto uma limitação intrínseca ou o limite interno que a liga a si mesma. Se a pessoa é capaz de superar seus limites internos, e isso é o que implica a mencionada autotranscendência, é que ela está aberta por completo, não encapsulada ou encerrada em si, mas intrinsecamente aberta sem restrição alguma.”

¹² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: FISHEL, Simon. *In Vitro Fertilisation – Past-Present-Future IVF – Historical Perspective*. Oxford: IRL Press, 1986, p.27.

Na Grécia Antiga, a ciência da embriologia deu seus primeiros passos com Hipócrates a partir de suas preocupações no campo da medicina, mas se desenvolveu como área autônoma com Aristóteles, considerado seu fundador.

No período que vai da Antiguidade à Idade Média, o desenvolvimento dos instrumentos de análise científica no campo da embriologia não haviam se desenvolvido a tal ponto que se pudesse determinar o momento do início do ciclo vital. Havia apenas especulações dos mais diversos pensadores e culturas no que se refere ao tema. Foi somente a partir da Idade Moderna que começa a existir maior certeza científica sobre essa questão.

No final do século XVI, Zacharias Cansen inventa o microscópio, instrumento técnico que possibilita a descoberta dos gametas no século posterior. Em 1672, De Graaf descobriu os blastocistos a partir da experiência de introdução de pequenas câmaras no útero de coelhas. Cinco anos depois, Hamm e Leuwenhoek descobrem o espermatozoide.

No início do século XVIII, Anton van Leeuwenhoek denominou os gametas presentes no sêmen masculino de *animaculae*. Em 1827, Karl Ernst von Baer, embriologista, realizou a descoberta do gameta feminino, denominando-o “óvulo”, e chamou de “espermatozoides” os gametas masculinos descobertos por Leeuwenhoek.

A principal discussão passou a ser, quanto ao papel que cada gameta representava na origem da vida. Daí o surgimento das chamadas “teorias pré-formistas”, divididas entre ovistas e animaculistas. Os primeiros entendiam que o embrião se desenvolve a partir de um embrião menor localizado no óvulo não fertilizado, enquanto os segundos, que o embrião surge por meio de um organismo menor localizado no espermatozoide.

O cientista Carl Linnaeus já refutava, no século XVIII, as teorias pré-formistas, afirmando que a descendência provém não de um dos gametas, mas de ambos.

Surgiram ainda as teorias epigenistas, que, contrapostas às pré-formistas, consideravam o início da vida como uma massa de matéria sem forma, que se desenvolvia por forças internas e externas.

Durante o século XIX, cientistas como Jean-Louis Prevost e Jean-Baptiste Dumas provaram que os espermatozoides constituíam o fator essencial para a fecundação do óvulo; portanto, não eram parasitas, conforme se imaginava à época.

A teoria celular foi desenvolvida no século XIX por Mathias Schleiden e Theodor Schwann. A descoberta dos cromossomos contidos nas células foi realizada por Walter Flemming, Boveri e Weissmann. A fusão dos pró-núcleos no óvulo fecundado, que daria origem ao zigoto, é descoberta feita por Leopold Auerbach, desenvolvido pelo argumento de Hertwig de que o núcleo do zigoto surgia pela conjunção entre o núcleo dos gametas.

A gametogênese, que precede a fecundação, é o processo biológico pelo qual o número de cromossomos é reduzido de 46 para 23 tanto nos gametas femininos (ovogênese) quanto nos masculinos (espermatogênese). Esse processo ocorre através da meiose, que torna haploides as células que participarão da fertilização.

Evidenciava-se, dessa forma, desde o final do século XIX, antes da expansão e do desenvolvimento da embriologia e da genética, que a fusão dos gametas masculino e feminino, operada a partir da penetração do espermatozoide no óvulo, é o ponto de partida para o surgimento de uma nova célula chamada “zigoto”. Sabe-se atualmente, pelos estudos empreendidos pela ciência genética, que o zigoto é uma célula diploide, ou seja, com 46 cromossomos, e que contém em si todo o conjunto genético de informações que permitirá o contínuo desenvolvimento do indivíduo e a formação de suas características fenotípicas.

Com relação a essa primeira célula, surgem duas grandes teorias na esfera da embriologia que buscam o momento do início da vida¹³:

a) **Teoria da Singamia**: sustenta o surgimento da vida no ato da fecundação, tendo em vista que as reações químicas e o processo de individualização e personificação já se iniciam e se desenvolvem a partir desse momento, tornando irrelevante a fusão dos pró-núcleos, que é mera fase posterior.

b) **Teoria da Cariogamia**: propõe o momento da concepção como o início da vida, isto é, a partir da fusão dos pró-núcleos dos gametas. O argumento utilizado por essa corrente é que, apenas com a fusão dos pró-núcleos, a nova célula não pode mais ser identificada com qualquer dos gametas; essa célula apresenta um código genético próprio, desenvolvendo-se de forma autônoma, gradual e coordenada; a força que impulsiona e forma essa célula é intrínseca e contínua; o zigoto, assim, representa o primeiro estágio de um novo ser humano no limiar de seu desenvolvimento vital.

A embriologia moderna reconhece, portanto, o início da vida humana no máximo a partir da fase da concepção, pois o zigoto se configura pela presença de um código genético próprio, apto a um desenvolvimento autônomo e impulsionado por força própria. É o que constata Maria Celeste: “Após a fertilização do óvulo pelo espermatozoide, está constituído definitivamente um *código genético, único e distinto* de todos os demais.”¹⁴

¹³ A abordagem mais detalhada sobre essas duas teorias encontra-se no seguinte livro:

ROCHA, Renata da. *O Direito à Vida e a Pesquisas com Células-Tronco: Limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp.77-79.

¹⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: ABEL, Francesc (ed.lit.); BONÉ, Edouard (ed.lit.); HARVEY, John C. (ed.lit.). *La Vida Humana, origen y desarrollo: reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*. Madrid: Universidad Pontificia Madrid – Institut Borja de Bioética, Colecciones Documentos de Trabajo (8), 1989, p.211.

Dentre as diversas áreas que trabalham com o tema do início da vida, o século XX assistiu ao desenvolvimento da embriologia, ciência que seleciona o embrião e o feto como objetos próprios de estudos e busca compreender sua formação e desenvolvimento. Essa área, no compasso das descobertas científicas anteriores, determina da seguinte forma o início da vida humana:

No âmbito da biologia e da embriologia, a vida de um novo ser se inicia desde a própria ovulação, no momento da liberação do ovócito, estendendo-se até o momento da fixação do zigoto no útero, nidação, que torna a vida viável. O desenvolvimento embrionário tem início com a fecundação. As características do novo indivíduo são determinadas pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe. (...) a fecundação, processo através do qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o ovócito, se unem formando um zigoto, ocorre na ampola da trompa uterina da mulher. Na fecundação, determina-se o sexo do embrião.¹⁵

A embriologia comprova, portanto, que é com a fusão dos gametas masculino e feminino que tem início a formação do novo ser, o qual já contém as informações genéticas necessárias para seu desenvolvimento vital. Essa formação genética, nova entidade biológica, é considerada cientificamente uma nova vida.

O genoma contido no embrião unicelular, ou seja, a primeira célula resultante da fusão dos pró-núcleos do espermatozoide e do óvulo, já é individualizado e biologicamente humano, pois possui como centro as informações para o desenvolvimento das características fenotípicas.

Nos dois dias que se seguem à fecundação, ocorrem as primeiras divisões celulares, a sequência de mitoses, dando origem à fase de segmentação. O zigoto, portanto, inicia uma série de divisões sucessivas. As primeiras células resultantes de tais divisões são os blastômeros, cujo número aumenta em progressão geométrica até dar origem à denominada mórula. As células se afastam do centro, e nesse estágio, o embrião é chamado blástula. Daí em diante, tem início a gastrulação.

Do terceiro ao sexto dias, ocorre a expressão do novo genótipo; do sexto ao sétimo, dá-se a implantação do embrião no útero. As células componentes do embrião passam a se diferenciar a partir do décimo quarto dia de gestação.

Há autores que utilizam a expressão pré-embrião para o primeiro ciclo da vida humana, que ocorre desde a fecundação até a implantação no útero, o que se dá a partir do

¹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2013, p.152.

sétimo dia.¹⁶ O Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1358/92¹⁷, também opta pela separação entre os termos “pré-embriões” e “embriões”. A fase fetal se inicia após a oitava semana de gestação.

A comprovação científica de existência de vida humana desde a concepção é um fato que não se encontra isolado, mas deve ser conjugado aos paradigmas éticos e jurídicos da sociedade a fim de que haja discussão quanto às normas a serem prescritas e aplicadas no plano do reconhecimento da vida do nascituro.

1.4. BIOÉTICA

O conhecimento dos principais paradigmas éticos, conectado à constatação do fundamento da dignidade humana e às investigações científicas que buscam definir com máximo grau possível de certeza o momento e a forma em que tem início a vida foram os fatores que permitiram adentrar no terreno multidisciplinar da bioética.

Essa área de estudos abrange a ciência ética direcionada especificamente ao tratamento da vida, relacionando os aspectos filosóficos e científicos desse âmbito de conhecimento. É preciso, portanto, retomar a perspectiva filosófica para se compreender, primeiro em termos mais gerais e posteriormente de forma mais pormenorizada, qual o sentido que ela adquire no que se refere ao tratamento a ser conferido à vida pela sociedade e pelo direito.

1.4.1. Paradigmas Bioéticos

No item sobre a *Ética*, foi visto que as perspectivas desse ramo da filosofia podem ser divididas entre os que buscam compreender o agir humano quanto a seu fim último objetivamente considerado e os que investigam os móveis sensitivos e racionais desse agir. A

¹⁶ GOLDIM, J. R., *Bioética e Reprodução Humana*. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/prembi.htm>. Acesso em 05 de novembro de 2016, 16:00.

¹⁷ Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Acesso em 05 de novembro de 2016, 17:00.

preponderância de um ou outro desses parâmetros provoca efeitos jurídicos quanto à forma de reconhecimento e de proteção à vida humana.

O paradigma *ético do móvel sensitivo*, que pode ser atualmente denominado como *ética utilitarista*, em que alguns dos principais defensores foram Epicuro, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill, traz a concepção segundo a qual o único critério do agir moral são os sentimentos ou as sensações humanas. A aplicação de seus princípios como base das relações sociais torna o homem mero centro gerador ou receptor de prazeres e dores. Ainda que para alguns teóricos utilitaristas certos prazeres possam ser considerados mais elevados culturalmente que outros, o fundamento de aferição dessa superioridade se perde, pois o critério de confiabilidade é depositado inteiramente na parte sensitiva, fazendo com que a atividade racional torne-se um meio ou instrumento para a satisfação dos sentimentos. Operada tal redução do ser humano, o que se busca é apenas o alargamento máximo da esfera de possibilidades para obtenção de prazer e encolhimento máximo das possibilidades de dor e de sofrimento. Como consequência lógica, apenas os seres sencientes, ou seja, aqueles capazes de sentir prazer ou dor, mereceriam ser tratados como pessoas, sujeitos à tutela jurídica, relegando às vidas humanas não sencientes – ou com grau diminuído da capacidade de sentir – a função de servir como meros instrumentos para a maximização do prazer ou a minimização da dor em relação aos seres sencientes.

As consequências bioéticas praticamente inevitáveis da adoção do critério utilitarista é que os seres considerados não sencientes, incapazes de sentir ou manifestar prazer, dor ou sofrimento, mesmo que tenham natureza humana, acabam sendo relegados ao desprezo ou à mera instrumentalização para benefício dos que têm capacidade de sentir. Elio Sgreccia retrata essa percepção:

As consequências são: a. a não consideração no âmbito da tutela dos interesses dos indivíduos ‘insensíveis’, ou seja, dos não dotados de faculdade sensitiva (como os embriões, ao menos até o estágio da formação da estrutura nervosa, os indivíduos em como vegetativo etc.); b. A justificação da eliminação de indivíduos sencientes para os quais o sofrimento ultrapassa (ou é preferível que ultrapasse) o prazer ou de indivíduos que provoquem nos outros quantitativamente mais dor que alegria (os deficientes, os fetos malformados, os moribundos etc.); c. a justificação de intervenções mesmo supressivas na vida humana, com a única condição de se evitar o sofrimento (licitude do aborto, mesmo em estados avançados de gestação, desde que as práticas sejam indolores para o feto). Se, de um lado, portanto, o utilitarismo exclui do respeito alguns seres humanos, de outro lado, paradoxalmente, chega ao nivelamento de animais e seres humanos na base da capacidade de ‘sentir’, portanto, de perceber o prazer e a dor.¹⁸

¹⁸ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. Volume I – Fundamentos e ética biomédica*, São Paulo: Loyola, 2015, pp. 76-77.

A *ética do móvel racional*, encabeçada na modernidade por Immanuel Kant, traz ao plano jurídico-político o modelo principialista que, por sua vez, parte de critérios bastante diversos em relação ao utilitarismo, pois crê que a busca da conduta moralmente correta não pode ocorrer por mero cálculo de maximização do prazer e minimização da dor, mas só é alcançada pelo reconhecimento de princípios sustentados pela razão e que, como tais, sejam universalmente válidos para todos os seres racionais.

Dentre os princípios sustentados no plano bioético sob a influência desse modelo, podem ser elencados a título exemplificativo os seguintes:

1º) Princípio da Autonomia: trata-se da valorização da capacidade de autodeterminação da pessoa. A autonomia contempla o prisma da não instrumentalização do ser humano, pois em vista do reconhecimento de sua dignidade, o homem não é meio que sirva a fins alheios. A máxima kantiana do imperativo categórico é uma das expressões filosóficas do princípio da autonomia: “Age de maneira que uses a humanidade, tanto na sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio.” Aplicado à bioética, tal princípio se restringiria de início à relação entre médico e o paciente que tivesse plena consciência e vontade, não abrangendo o nascituro, pois este não possui capacidade de se autogovernar. Entretanto, de acordo com a máxima de não instrumentalização do ser humano para outros fins, a contemplação da autonomia no prisma bioético envolve o respeito a todos os estágios da vida: “Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade (...) O bem mais genérico que está protegido por esse princípio é a *liberdade de realizar qualquer conduta que não prejudique terceiros*.”¹⁹

2º) Princípio da Beneficência: a expressão “beneficência” possui raízes latinas em *bonum* (bem) e *facere* (fazer), cujo significado é “fazer o bem”. Essa é a regra mais tradicional da ética médica, radicada no Juramento de Hipócrates, que contém as regras básicas de condutas para o profissional da medicina. O Juramento contém a seguinte expressão: “(...) não darei a quem pedir nenhuma droga mortal e nem darei esse tipo de instrução; do mesmo modo, não darei a mulher algum pessário para abortar (...)”. Compreende-se daí que o valor da vida humana, já ressaltado desde essa época, constitui dever ético de beneficência.

3º) Princípio da Não Maleficência: pode ser considerado princípio anexo ao da beneficência. Deriva do brocardo de Direito Romano *Primum non nocere*, ou seja, “antes de

¹⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *O equilíbrio do pêndulo – A bioética e a lei. Implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p.43.

tudo não prejudicar, não causar o mal”. A não maleficência, portanto, prescreve uma norma proibitiva de causar prejuízo a outrem.

4º) Princípio da Justiça: de acordo com a filosofia socrática, a virtude é compreendida como uma espécie de força (*vis*), isto é, um instrumento para o alcance de determinado fim, um bem maior, relacionado à felicidade e ao aperfeiçoamento humano. Na relação desse princípio com a bioética e a arte da medicina, Maria Celeste afirma que: “O princípio da justiça exige que a distribuição dos encargos e benefícios seja justa; não existe justiça quando alguns grupos (...) arcam com todos os prejuízos e outros grupos auferem todas as vantagens.”²⁰ Desse modo, se houver o reconhecimento científico da existência de vida humana no nascituro, há o dever ético de sua proteção pelos meios disponíveis e aptos ao alcance de tal fim de modo que a dignidade do nascituro não sofra os prejuízos e danos injustos decorrentes do desenvolvimento das técnicas de controle da vida.

5º) Princípio da Alteridade: *alter* é termo latino que significa “outro”. Uma das fontes que remetem à alteridade encontra-se no mandamento cristão “ama teu próximo como a ti mesmo”. Tal princípio nasce do primado de que a pessoa humana deve ser o fundamento de toda reflexão ética. No campo bioético, a alteridade refere-se à preocupação do ser humano com o bem de seu semelhante, cuja vida é tão valiosa quanto a dele, não havendo hierarquia em dignidade. Por alteridade também é possível entender a relação tanto de afinidade quanto de repulsão entre o ser social e a unidade individual dada sua constituição coletiva que passa pelos crivos da razão e da sensibilidade seja como identificação, seja como diferença, porém sempre fundamentados na experiência.

A *ética do fim*, por sua vez, é aquela que busca a causa final da natureza e do agir humano e traz como principal paradigma o modelo denominado *antropológico personalista ontológico*. Seu ponto de partida é a centralidade da investigação na ontologia – ciência que estuda o ser – da pessoa, buscando a compreensão mais global e integradora possível quanto ao que caracteriza propriamente a existência humana. A perspectiva personalista, dessa forma, não exclui aprioristicamente as demais áreas do conhecimento, mas antes congrega a dimensão metafísica, aproximando-se, portanto, da concepção aristotélica, que exerceu grande

²⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: ABEL, Francisc (ed.lit.); BONÉ, Edouard (ed.lit.); HARVEY, John C. (ed.lit.). *La Vida Humana, origen y desarrollo: reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*. Madrid: Universidad Pontificia Madrid – Institut Borja de Bioética, Colecciones Documentos de Trabajo (8), 1989, p.53.

influência no paradigma ético cristão, sobretudo em Tomás de Aquino. Dalton Luiz de Paula Ramos dá expressão a esse prisma:

A pessoa é antes de tudo um corpo espiritualizado, um espírito encarnado que vale por aquilo que é e não somente pelas escolhas que faz, o que significa que o valor da pessoa é dado pelo simples fato de existir, isto é: a pertença à espécie humana é elemento suficiente para atribuir a cada um a sua dignidade. (...) A pessoa é muito mais do que a circunstância material em que se encontra. Em outras palavras, a pessoa humana, de qualquer tempo e lugar, merece ser afirmada ‘propter seipsam’ (por si mesma), e não usada como meio.²¹

Defendido, dentre outros autores, por Jean-François Malherbe e Elio Sgreccia, o modelo antropológico personalista ontológico busca os fundamentos bioéticos na compreensão da antropologia, ou seja, no conhecimento do que é o homem enquanto ser vivo e pessoa. Conforme Malherbe:

Não se pode fazer bioética seriamente se não se apoiar sobre o fundamento antropológico. Falo de antropologia em sentido filosófico, isto é, no sentido de um conhecimento do homem como sujeito na sua globalidade. Mas qual filosofia? Também este é um ponto muito importante. Em uma palavra: direi uma filosofia humanista atenta em compreender o homem em todas as suas dimensões e, por isso, um humanismo o mais integral possível.²²

A consciência da globalidade de dimensões que caracteriza a vida em cada fase de seu desenvolvimento enquanto ser unitário, e que não pode ser abarcado plenamente por nenhuma ciência em particular, tendo em vista que toda ciência trabalha com um recorte pré-selecionado da realidade em vista da confirmação de uma hipótese prévia, permite a compreensão de que o organismo humano que se forma ao longo de cada estágio é um dos elementos, mas não se encontra ontologicamente separado da essência da pessoa que, por sua vez, é totalidade una. Segundo Elio Sgreccia, ao afirmar essa globalidade física, moral e espiritual da pessoa, aduz que “a vida corpórea, física, do homem não é algo exterior, extrínseco à pessoa, mas representa o valor fundamental da pessoa mesma.”²³

O parâmetro personalista, cujas bases remontam à filosofia grega clássica e à escolástica, não se opõe necessariamente ao principalismo de bases kantianas, mas pode ser a

²¹ RAMOS, Dalton Luiz de Paula. *Fundamentos e princípios da bioética*. (Conferência proferida em 31.05.2001 na Universidade Federal de São Paulo/Brasil - UNIFESP, evento promovido pelo Núcleo de Fé e Cultura da UNIFESP e pelo Centro de História e Filosofia das Ciências da Saúde da UNIFESP, em parceria com o Núcleo de Fé e Cultura da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

Disponível em: <http://hottopos.com/notand9/dalton.htm>. Acesso em: 04 de agosto de 2016, 17:00.

²² ENGELHARDT JÚNIOR, Hugo Tristam. *Fundamentos da Bioética*, São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.47.

²³ SGRECCIA, Elio *Manual de Bioética, Volume I – Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo, Edições Loyola, 2015, p.35.

ele conjugado, sobretudo no sentido de conferir maior concretude na defesa da dignidade humana.

Os preceitos do principialismo, no entanto, se aplicados de forma abstrata e separados uns dos outros, podem servir de instrumento para a relativização do valor da vida humana. Um dos exemplos dessa possibilidade é a aplicação isolada do princípio da autonomia, que, desconectado dos demais princípios e da finalidade para a qual se dirige, pode redundar numa desvirtuação completa, como a afirmação de uma arbitrariedade absoluta que não leve em conta o valor intrínseco do outro (*alter*).²⁴

A inviolabilidade da vida humana é, portanto, uma decorrência necessária do reconhecimento da verdade quanto ao início da vida e da aplicação dos princípios bioéticos em busca da verdadeira tutela da dignidade do ser humano, que é o fim de todo desenvolvimento técnico e científico.

Postular, portanto, a dignidade da pessoa humana enquanto princípio tutelar é, antes de tudo, reconhecer sua relevância jurídica e social, tendo em vista que suas virtudes e qualidades, para além de seu *status* moral, é esteio de respeito e legitimidade vital em tempos de novos paradigmas de comportamentos via de regra fomentados pela aceleração tecnológica.

1.4.2. Histórico do desenvolvimento bioético contemporâneo

A expressão *Bioética* no contexto da contemporaneidade foi utilizada pela primeira vez em 1927 pelo teólogo protestante Fritz Jahr em um artigo publicado na revista *Kosmos*. No ano seguinte, Jahr apresentou a definição de *Imperativo Bioético*, com abordagem bastante semelhante à expressa pela moral kantiana: “respeita todo ser vivo essencialmente como fim em si mesmo e trata-o, se possível, como tal.”²⁵

²⁴ Um dos exemplos de como ocorre essa desvirtuação é fornecida pela Encíclica *Evangelium Vitae* do Papa João Paulo II, que no item 20, afirma: “Se a promoção do próprio eu é vista em termos de autonomia absoluta, inevitavelmente chega-se à negação do outro, visto como inimigo de quem defender-se. (...) É aquilo que realmente acontece, mesmo no âmbito mais especificamente político e estatal: o primordial e inalienável direito à vida é posto em discussão ou negado com base num voto parlamentar ou na vontade de uma parte - mesmo que seja majoritária - da população. É o resultado nefasto de um relativismo que reina incontestado: o próprio “direito” deixa de o ser, porque já não está solidamente fundado sobre a inviolável dignidade da pessoa, mas fica sujeito à vontade do mais forte.”

JOÃO PAULO II, Papa. *Carta Encíclica Evangelium Vitae* (Sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana). 7ª edição, São Paulo: Paulinas, 2011, p.18.

²⁵ HOSS, Geni Maria. *Fritz Jahr e o Imperativo Bioético – Debate sobre o início da Bioética na Alemanha e sua importância em nível internacional*. Revista *Bioethikos* – Centro Universitário São Camilo, 2013; 7(1), p.84. Publicado em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a10.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2016; 14:00.

O termo *bioética* foi novamente empregado em 1970 nos Estados Unidos pelo bioquímico Van Rensselaer Potter, que ressaltou no seu primeiro artigo a característica essencial dessa área de estudos de se configurar como uma “ciência da sobrevivência humana”. Em 1971, Potter escreve seu segundo artigo intitulado *Bioethics: bridge to the future* e afirma a relação fundamental que constitui essa nova ciência:

Se existem duas culturas que parecem incapazes de dialogar – as ciências e as humanidades – e isso se mostra como uma razão pela qual o futuro se apresenta duvidoso, então, possivelmente, poderíamos construir uma ponte para o futuro, construindo a bioética como uma ponte entre as duas culturas.²⁶

O conceito de Potter demonstra que a relação constitutiva da bioética é aquela existente entre *bios* (vida) e *ethos* (ética), o primeiro sendo objeto central de estudos pelas ciências biomédicas e o segundo referindo-se ao âmbito das humanidades, incluindo as reflexões filosóficas e as ciências normativas, como o direito. A bioética pode ter, portanto, seu conceito sintetizado da seguinte forma:

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental (...) Sintetiza Leo Pessini que “a bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida” estabelecendo padrões de conduta socialmente adequados.²⁷

De forma resumida, pode-se conceituar essa área como “o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais.”²⁸

A ciência bioética perpassa diversas áreas, desde os campos da biomedicina até a teologia, passando pela filosofia e as ciências normativas, como a ética e o direito, sempre tendo por escopo orientar a ação humana para a decisão correta e responsável quanto à defesa da vida e da dignidade humana. Nesse sentido, Francis Abel define a bioética como “o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biológico e médico, tanto a nível

²⁶ PESSINI, Leocir. *As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr*. São Paulo: Revista Bioethikos, 2013; 21(1), p.10. Publicado em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1>. Acesso em: 03 de agosto de 2016, 13:00.

²⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*, 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2015, pp.06-07.

²⁸ PAGNONCELLI, André de Carvalho. *Direito à Vida do Embrião*. 2014, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p.16, apud: Encyclopedia of Bioethics, p.34.

microsocial como a nível macrossocial, e sua repercussão na sociedade e no seu sistema de valores, tanto no momento atual como no futuro.”²⁹

A origem histórica da bioética, conforme atesta Guy Durant, advém da ética médica, a qual “centrava-se na relação médico-paciente. (...) A sociedade e o Estado nada ou pouco interferiam. E o valor determinante desta ética era o respeito pela vida.”³⁰

Levando-se, porém, em consideração o amplo desenvolvimento técnico e científico das últimas décadas nas áreas de medicina, genética e embriologia, a vida humana torna-se objeto passível de maior manipulação e controle, ocasionando a difusão do fenômeno do *biopoder*. Levando em conta que esses mecanismos técnicos e científicos preocupam-se apenas em tornar mais eficazes os meios para os fins pré-determinados, cabe ao plano da bioética indagar sobre os fins, ou seja, sobre os fundamentos últimos da adoção de tais mecanismos. É nesse ponto que se torna primordial o reconhecimento dos valores que, aplicados a cada situação concreta, possam se concretizar em normas eficazes a fim de que o avanço científico não se volte contra os seres humanos, que são os fins do desenvolvimento biomédico e biotecnológico. Maria Celeste, ao refletir sobre essa questão, afirma:

A ciência e a técnica, preciosos recursos do homem quando são postos a seu serviço e promovem seu desenvolvimento integral, não podem indicar sozinhos o sentido da existência e do progresso humanos. Sendo ordenados ao homem, de quem receberam origem e incremento, *é na pessoa* e em seus valores que vão buscar a indicação de sua finalidade e a *consciência dos seus limites*.³¹

A importância da bioética, portanto, é a busca de respostas a esse quadro, mediante as reflexões filosóficas e a dialética multidisciplinar, identificando não apenas aquilo que é possível, mas sobretudo o que é melhor eticamente, conforme afirma Maria Helena Diniz:

A bioética seria, então, um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto, abarcaria pesquisas multidisciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política

²⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: ABEL, Francisc (ed.lit.); BONÉ, Edouard (ed.lit.); HARVEY, John C. (ed.lit.). *La Vida Humana, origen y desarrollo: reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*. Madrid: Universidad Pontificia Madrid – Institut Borja de Bioética, Colecciones Documentos de Trabajo (8), 1989, p.14.

³⁰ DURANT, Guy. *A bioética – Natureza, Princípios e Objetivos*. São Paulo: Editora Paulus, 2ª edição, 2008, p.18.

³¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: ABEL, Francisc (ed.lit.); BONÉ, Edouard (ed.lit.); HARVEY, John C. (ed.lit.). *La Vida Humana, origen y desarrollo: reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*. Madrid: Universidad Pontificia Madrid – Institut Borja de Bioética, Colecciones Documentos de Trabajo (8), 1989, p.189.

etc, para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc, decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou a integridade física ou psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnologia, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais das pessoas e das futuras gerações. A bioética consistiria ainda no estudo da moralidade da conduta humana na área das ciências da vida, procurando averiguar o que seria lícito ou científica e tecnicamente possível.³²

Ulrich Beck afirma em seu livro *Sociedade de risco* que as principais ameaças e perigos à humanidade já não se encontram no desconhecimento, mas no próprio conhecimento quando este serve a um tipo de domínio que pode levar à autodestruição das condições para a reprodução de toda forma de vida na Terra:

(...) a origem do perigo já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para a autotransformação, para a autoconfiguração e para a autodestruição das condições de reprodução de toda forma de vida neste planeta. Isto significa, contudo: as fontes de perigos já não são mais o desconhecimento, e sim o *conhecimento*, não mais uma dominação deficiente, e sim uma dominação *aperfeiçoada* da natureza, não mais o que escapa ao controle humano, e sim justamente o *sistema de decisões* e coerções objetivas estabelecido com a era industrial.³³

A bioética se sustenta, portanto, na tentativa de reagir aos efeitos impróprios que podem advir da utilização indevida das modernas biotecnologias e dos objetivos e estratégias em que elas tem sido inseridas por grupos detentores de poder político e econômico cujos interesses e projetos serão analisados em Capítulo posterior.

Essa área constitui-se, portanto, como eixo a partir do qual confluem inúmeras relações, que englobam a ética, o direito, a biologia e a política. Não pode ser, portanto, uma realidade fechada à sociedade e aos valores por ela assumidos.³⁴

³² DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva 2014, p.34.

³³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2ª edição, 1ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora 34, 2013, p.275.

³⁴ O fenômeno do biopoder, que ganha ampla repercussão principalmente a partir do desenvolvimento dos instrumentos de biotecnologia e das ciências médicas é também alvo de reflexão pela Instrução *Donum Vitae*, de 22 de fevereiro de 1987 que dispõe o seguinte: “Graças ao progresso das ciências biológicas e médicas, o homem pode dispor de recursos terapêuticos sempre mais eficazes, mas pode adquirir também novos poderes sobre a vida humana em seu próprio início e nos seus primeiros estágios, com consequências imprevisíveis. Hoje, diversas técnicas permitem uma intervenção não apenas para assistir mas também para dominar os processos da procriação. Tais técnicas podem consentir ao homem «tomar nas mãos o próprio destino», mas expõem-no também «à tentação de ultrapassar os limites de um domínio razoável sobre a natureza.»” JOÃO PAULO II, Papa. *Instrução Donum Vitae* (Sobre o respeito à vida humana nascente e a necessidade da procriação). São Paulo: Edições Loyola, 1987, p.5.

1.5. O ESTATUTO MORAL DO NASCITURO

Esse item apresenta os principais argumentos contrários ao reconhecimento da dignidade humana do nascituro desde o instante da concepção. Tais posições devem ser analisadas sob os planos filosófico e científico a fim de que se verifique se podem ser sustentadas.

1.5.1. Teorias que rejeitam a concepção como início da vida

Continua a existir ampla polêmica no sentido da negação do início da vida a partir da concepção, tendo em vista que para alguns a vida surgiria propriamente apenas em estágios posteriores do desenvolvimento embrionário.

A Comissão Warnock, realizada na Inglaterra, cuja relatoria foi apresentada em julho de 1984, propõe uma diferenciação entre os embriões antes dos 14 primeiros dias e após o 14^a dia, denominado os primeiros de pré-embriões, e os últimos de embriões. A Comissão afirma essa distinção por três principais justificativas:

Primeiro Grupo: afirma que enquanto o embrião não estiver implantado no útero da mãe, não há garantia certa de que possa prosseguir em seu desenvolvimento, **porque não está ainda alimentado pela mãe.** (...)

Segundo Grupo: afirma “que até o 14^a dia **ainda não se formaram os sinais do que será o cérebro**”. (...)

Terceiro Grupo: afirma que o embrião, logo após sua implantação, ocorre na **possibilidade de vir a ser dividido em dois provocando a ocorrência de gêmeos.** (os negritos não constam no original).³⁵

Cada um desses grupos de argumentos serviu como instrumento para a realização de propostas e recomendações gerais, sendo que o principal delas foi o de aprovar o uso de embriões humanos para pesquisas e um tempo limite para que os embriões *in vitro* e *in vivo* sejam mantidos antes que haja destruição. A essa série de questões levantadas pela Comissão são contrapostas as seguintes afirmações, baseadas nos conhecimentos científicos já enunciados:

- a) Quanto ao primeiro argumento, responde-se que não é o fato de estar no útero nem a alimentação que confere a vida ao embrião, haja vista que a individualidade do ser já

³⁵ CORREA DA SILVA, Adriano. *A anencefalia fetal e o aborto na Evangelium Vitae de João Paulo II*, 2013, Tese (Doutorado em Teologia), Programa de Pós-graduação em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pp.61-62.

existia desde a concepção. Essa individualidade permanece a mesma desde o estágio de zigoto, passando por todas as etapas do desenvolvimento humano.

- b) No que se refere ao segundo grupo, também não são os sinais do cérebro ou da formação inicial do encéfalo que conferem a vida ao embrião, mas são as informações genéticas já contidas na primeira célula fecundada que fundamentam o desenvolvimento embrionário, inclusive do cérebro. Esse esclarecimento é de grande importância, pois que somente a partir da oitava semana de gestação é que o nascituro tem os primeiros impulsos elétricos do cérebro, e não há dúvida científica de que já existe vida antes dessa etapa.
- c) Quanto ao terceiro grupo, a mesma linha de raciocínio se segue, ou seja, a possibilidade de divisão do embrião para a formação de gêmeos não elimina a vida da primeira célula embrionária.

As três objeções acima refutadas têm por fundamento a negação do princípio da identidade, ou seja, atribuem a mudanças não essenciais do estágio de desenvolvimento embrionário – como a formação dos sinais do cérebro ou o momento em que passa a ser alimentado pela mãe – a característica de geradores da vida. Hélio Angotti Neto observa:

Qualquer pessoa sabe, e não pode negar, que é essencialmente a mesma de quando era criança e será a mesma daqui a alguns anos, mesmo que muitas mudanças ocorram. Ninguém no mundo era uma cadeira e virou uma pessoa para depois virar um tatu. Todos nós éramos, somos e seremos pessoas em diferentes estágios de desenvolvimento.³⁶

Maria Celeste ratifica esse entendimento ao se posicionar sobre a situação dos embriões concebidos *in vitro*: “Desde o instante mágico da fecundação, *todo o potencial genético* da criança por nascer *já está presente. Este bebê da ciência jamais será humano se já não o for!*”³⁷

Diante do argumento de que o zigoto ou o embrião não se diferencia de um cadáver recém-falecido em razão de que em ambos há células vivas, mas que não são suficientes para compor um organismo inteiro, a refutação se dá pela compreensão básica de

³⁶ NETO, Hélio Angotti, *A morte da medicina*, São Paulo: Vide Editorial, 2014, p.74.

³⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: ABEL, Francesc (ed.lit.); BONÉ, Edouard (ed.lit.); HARVEY, John C. (ed.lit.). *La Vida Humana, origen y desarrollo: reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*. Madrid: Universidad Pontificia Madrid – Institut Borja de Bioética, Colecciones Documentos de Trabajo (8), 1989, p.25.

que tanto o zigoto quanto as células que compõem o embrião funcionam como organismo e todas as partes trabalham de forma integrada para seu desenvolvimento.

1.5.2. Teorias que consideram o embrião como potencialidade de vida

A exposição de caráter científico sobre o início da vida humana faz surgir uma série de questões que não se limitam ao campo científico, mas adentram a esfera filosófica e ética. Algumas delas podem ser elencadas da seguinte forma: 1º) havendo certeza de que o embrião possui propriedades que apenas emergirão no decorrer do desenvolvimento do indivíduo, por que a potencialidade do embrião seria essencialmente diferente daquela do espermatozoide ou do óvulo? 2º) Não seria mais correto falar em igualdade de potencialidades, evitando-se assim uma discriminação arbitrária entre o embrião e os gametas a partir dos quais ele surgiu? 3º) Caso seja afirmada a igualdade de potencialidades entre o embrião e os gametas, a consequência inevitável não seria reconhecer o mesmo estatuto moral para ambos, o que implicaria relegar o embrião a uma fase anterior à formação da vida?

Vicent Bourguet, confrontado com esses problemas, postos todos num debate publicado no *Jornal of Medical Ethics*, responde confrontando a potencialidade do embrião com a dos gametas:

Tudo se centra na passagem entre “se unidos” (*if united*) e “tomados separadamente” (*separately*). Ora, se estão unidos, os gametas não são mais gametas, mas um embrião; portanto, tomados separadamente, eles não são, nem um nem outro, um embrião, nem pois têm a potencialidade do embrião. (...) Ora, um indivíduo não é a soma de seus elementos e de suas propriedades, mas se manifesta justamente enquanto tal pela manifestação das propriedades emergentes em relação aos elementos dos quais provêm: as de desenvolver um organismo completo. Desse modo, a potencialidade do embrião é essencialmente de ordem diferente da potencialidade de um gameta.³⁸

Apenas o zigoto – diferentemente dos gametas tomados separadamente – manifesta por si mesmo as propriedades necessárias ao desenvolvimento de um organismo humano completo a partir do cumprimento de cada estágio, sem a necessidade de união com outro gameta ou zigoto.

³⁸ BOURGET, Vicent. *O ser em gestação – Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp.34-35.

No mesmo sentido é a posição de Christopher Kaczor, quando confrontado com o problema da diferenciação entre o embrião desde os seus primeiros estágios e qualquer outra célula humana de um indivíduo adulto. A diferença essencial, segundo aponta o autor, é que o embrião, desde o estágio de zigoto, não é parte de um organismo, mas é o próprio organismo inteiro, distinto e completo, passível de se desenvolver para a maturidade:

Um óvulo e/ou espermatozoide, na verdade qualquer célula individual do corpo humano, ao contrário, não é membro inteiro, distinto, da espécie humana, mas antes parte de um membro distinto, inteiro, vivo. Espermatozoide e óvulo não são geneticamente completos, não são distintos e não podem se atualizar e se desenvolver para a maturidade humana. À diferença do espermatozoide e do óvulo, à diferença das células humanas vivas que são simplesmente partes do corpo humano, o embrião humano é um organismo distinto, inteiro e completo, que se autodesenvolve para a maturidade e para funcionar racionalmente.³⁹

Há cientistas bioéticos, como Tristram Egelhardt e Peter Singer, que preferem rejeitar o termo “potencialidade” – referindo-se à capacidade de o embrião se atualizar num indivíduo maduro de sua espécie – e falam apenas em “probabilidade”. Com base nesse novo paradigma terminológico, seria possível dizer que há mera probabilidade tanto de que um óvulo seja fecundado quanto de que um zigoto se desenvolva em fases posteriores até atingir o estágio de um ser humano adulto. Vicent Bourguet objeta tal argumento, afirmando que o conceito de potencialidade é o que mais se amolda à realidade do embrião, pois, diferentemente da probabilidade, a potencialidade trata daquilo que é próprio de algo que se encontra em estado latente para um desenvolvimento futuro:

Como se pode perceber, a noção de probabilidade permite que eles afirmem a identidade entre o gameta e o zigoto – como se a imposição de uma medida comum significasse a identidade ou a equivalência das coisas medidas (um relógio é avaliado em dinheiro, mas também um cavalo, portanto a diferença entre um relógio e um cavalo é apenas de grau). A potencialidade, ao contrário, não exprime a frequência ou a ocorrência de um fenômeno, mas a propriedade de uma coisa, neste caso o zigoto, de exhibir atributos novos. A potencialidade no sentido científico significa que o futuro está de algum modo contido, involucrado, no presente em estado latente. (...) É claro que esse desenvolvimento pode ser, por sua vez, objeto de avaliação estatística quanto a seu sucesso, mas é o sucesso da atuação do potencial que se avalia então.⁴⁰

O debate se coloca, assim, entre os defensores da pura potencialidade do nascituro e aqueles que defendem a existência de uma atualidade de vida nesse ser, atualidade essa que

³⁹ KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direitos das mulheres, vida humana e a questão da justiça*. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 130.

⁴⁰ BOURGET, Vicent. *O ser em gestação – Reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp.35-36.

não retira o caráter da potencialidade referente ao desenvolvimento e maturidade na sequência dos estágios futuros. A vida do nascituro desde a concepção nesse sentido já é atual e essa realidade não exclui, mas antes confirma a presença de seu potencial de desenvolvimento para a maturidade.

1.5.3. Teoria hilemórfica

A teoria hilemórfica surge com Aristóteles no seu livro da *Física* a partir da crítica ao dualismo platônico entre o plano material e o plano das Ideias. De acordo com a filosofia aristotélica, a matéria primeira é informe, sem existência sensível, e a aquisição de forma faz com que ela se torne matéria segunda. A união entre matéria e forma, portanto, é a causa que gera o ser. Desse modo, todo ser tem necessariamente uma forma substancial, e a do ser humano é identificada com a alma racional.

Essa concepção aristotélica influenciou Tomás de Aquino nos séculos posteriores, e o Aquinate buscará desenvolvê-la.

A teoria hilemórfica, sustentada por Tomás de Aquino, trazia como ponto de vista a problemática da alma enquanto forma substancial do homem e da necessidade de matéria capaz de recebê-la. Se não houvesse desenvolvimento do organismo humano que fosse capaz de receber sua forma substancial, não haveria que se falar na existência de vida. É a leitura do teólogo Donceel sobre essa problemática, trazida por Kaczor

A alma é a forma substancial do homem. Uma forma substancial só pode subsistir em matéria capaz de recebê-la. No caso da alma humana, isso significa: a alma humana só pode subsistir num corpo altamente organizado, corpo com órgãos de sentido e cérebros.⁴¹

A veracidade da teoria hilemórfica e sua aplicação ao ser humano, ou seja, a aceitação de que a pessoa é uma unidade indissolúvel de corpo – elemento material – e alma – elemento formal –, não deve conduzir à conclusão a que chegou Tomás de Aquino, tendo em vista que o filósofo não possuía conhecimento dos processos biológicos dão origem ao zigoto. A ciência da embriologia, surgida séculos depois, foi a primeira a comprovar a existência de perfeita união entre os gametas masculino e feminino, sendo que dessa reunião de elementos complementares entre si resulta um único corpo, uma totalidade inteiramente nova, não

⁴¹ KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direito das mulheres, vida humana e a questão da justiça*. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.127.

confundível com o espermatozoide ou com o óvulo. Nesse sentido, Benedict Ashley e Albert Moraczewski, sem questionar os fundamentos corretos em que o Aquinate assentou sua filosofia, contestam suas conclusões, conforme demonstra Kaczor:

Para Aquino, organismo vivo é aquele capaz de atuar como causa eficiente proporcionada de sua auto-organização e outras atividades vitais. Assim, um órgão primário exigido no feto para a infusão da alma intelectual não é o cérebro como tal, mas um órgão primordial capaz de produzir o cérebro com a capacidade de conhecimento intelectual no corpo em alguma fase adequada do ciclo humano de vida. Qual o órgão primordial que causa o corpo humano se desenvolver para se proporcionar a infusão da alma e a personalidade humana? A embriologia atual mostra claramente que é o núcleo do zigoto produzido pela fertilização do óvulo humano pelo esperma humano, dado que aquele núcleo (1) contém todo o genoma ou informação (causa formal) exigida para construir o corpo humano maduro com seu cérebro como órgão primacial e ferramenta de inteligência; (2) é a principal causa eficiente proporcionada para a tarefa de desenvolvimento maduro do organismo humano. (itálicos no original).⁴²

A conjugação da teoria hilemórfica com os dados científicos da embriologia, conduzem, portanto, a uma conclusão oposta àquela sustentada por Tomás de Aquino, ou seja, o embrião humano, desde seu estágio inicial como zigoto, já possui o *status* moral de pessoa humana, tendo em vista que o núcleo do zigoto é tanto causa formal quanto causa eficiente para o desenvolvimento do organismo e da personalidade.

1.5.4. Outras teorias

Há teorias baseadas numa diferenciação entre “vida” e “pessoa”, que defendem que só podem ser consideradas pessoas os indivíduos dotados de autoconsciência e uso da razão. Nesse sentido, seriam sujeitos de direito apenas os indivíduos capacitados ao relacionamento consciente com outros e que tenham desenvolvido algum grau de autodeterminação, fenômeno que, segundo o conhecimento científico, tem início somente a partir dos dois anos de idade.

Nesse ponto, é necessário atinar para um duplo sentido que pode ter a expressão “vida humana”, a fim de que o esclarecimento dessa dubiedade possa gerar maior clareza quanto à defesa daquilo que deve ser preservado.

A separação entre vida e pessoa humana, mesmo que abstratamente possível, só poderia se realizar num plano meramente conceitual, pois não é determinável o momento em

⁴² KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direito das mulheres, vida humana e a questão da justiça*. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, p128.

que um ser humano dotado de vida biológica se transformaria em pessoa nem o instante em que uma pessoa retornasse ao estágio de mero “ser biológico”. Conforme se vislumbra por meio das descobertas científicas apresentadas e dos esclarecimentos filosóficos, a vida se apresenta como processo contínuo, cujo desenvolvimento prossegue no seu decurso desde a concepção até a morte natural.

Na mesma direção é o entendimento professado por Alejandro Serani Merlo de que a personalidade não depende da capacidade de autoconsciência e autogoverno, bastando que se constitua como um vivente humano, desde seus estágios iniciais:

Desde el momento en que se constituye un viviente humano, el embrión es plenamente humano y plenamente persona, aun quando una parte muy importante de sus virtualidades no se haya todavia manifestado. Se trata de una persona actual, plena de potencialidades y no de una persona en potencial o en potencia.⁴³

Importante frisar que, muito embora o nascituro possua potencialidades em sua estrutura que se atualizam conforme o desenvolvimento do organismo, ele não é em si mesmo um ser potencial, mas um ser humano vivente. Se não fosse, tais potencialidades a ele inerentes não poderiam sequer existir. Essa vitalidade, que constitui o ser humano desde suas primeiras fases, é explicitada por Maria Garcia:

A gênese humana corresponde, também, ao nascimento da entidade humana: não apenas o ato de nascer, mas abrangente do ser humano como organização corpórea, anímico-espiritual, entidade livre – a partir da “vitalidade plasmada no desenvolvimento do embrião, um novo ser humano, vivência de tempo e de espaço.”⁴⁴

Diante da tentativa de uma separação entre vida biológica – entidade que supostamente não mereceria proteção por si mesma – e pessoa – individualidade apta a demandar tutela moral e jurídico-estatal –, seria possível conceber a desnecessidade de proteção à vida humana não apenas do nascituro mas inclusive daqueles que nasceram com vida se for admitido identificar o critério da personalidade com a aquisição da autoconsciência e do uso da razão. Além disso, o paradigma para afirmar o verdadeiro conteúdo do termo “pessoa” estaria mais facilmente colocado ao livre sabor das ideologias e do poder político

⁴³ PAGNONCELLI, André de Carvalho. *Direito à Vida do Embrião*, 2014, Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p.73. Tradução: **“Desde o momento em que se constitui um vivente humano, o embrião é plenamente humano e plenamente pessoa, ainda quando uma parte muito importante de suas virtualidades não seja, todavia, manifestada. Se trata de uma pessoa atual, plena de potencialidades e não de uma pessoa em potencial ou em potencia.”**

⁴⁴ GARCIA, Maria. *Limites da Ciência – A dignidade da pessoa humana e a ética da responsabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.161.

vigente, os quais poderiam se valer do relativismo de concepções morais para impor o conteúdo que mais favorecesse seus próprios interesses e projetos.

Em sentido contrário à crítica acima, posiciona-se Michael Sandel em seu livro *Contra a Perfeição*, no qual, apesar de afirmar os enormes perigos da instrumentalização da vida humana em razão da ampliação e mau uso dos mecanismos de bioengenharia, argumenta que os embriões não devem ser considerados pessoas e, portanto, não são invioláveis:

A dificuldade de especificar o início exato da personalidade no curso do desenvolvimento humano não significa, entretanto, que os blastocistos sejam pessoas. (...) O fato de haver um desenvolvimento contínuo que transforma o blastocisto em embrião implantado, este em feto e, finalmente, em recém-nascido não determina que um bebê e um blastocisto sejam, no sentido moral, equivalentes.⁴⁵

Michael Sandel reafirma o caráter de indeterminação quanto ao momento exato em que um ser humano possa ser considerado pessoa. Pouco antes de tecer as considerações acima, afirma inclusive que existem outros aspectos da condição de ser pessoa além da inviolabilidade, e que um deles seria, por exemplo, ter um nome, algo que pode variar conforme a cultura ou tradição⁴⁶. Essa indeterminação radical, que poderia fazer até mesmo com que uma criança a quem deixasse de ser atribuído qualquer nome específico não fosse considerada como pessoa, é utilizada pelo escritor como argumento suficiente para justificar que os seres humanos que se encontram nessa faixa de indeterminação não são invioláveis em seu direito à vida. Configura-se, desse modo, uma situação de arbitrariedade quanto ao reconhecimento da tutela necessária a uma vida já existente, podendo relegar a característica de “ser pessoa” a um dado variável cultural e temporalmente.

Christofer Kaczor, em contraponto a essa visão, defende a característica do “ser pessoa” como um dom, num viés inclusivo, diferenciando as visões exclusivistas – ou excludentes – da personalidade como realização ou algo a se realizar pela concretização de características particulares, que nunca são bem definidas e delimitadas:

Com respeito aos seres humanos, a visão de dom é inclusiva; a ótica da realização é exclusiva. De acordo com a ótica inclusiva, todos os seres humanos, sem se olhar qualquer consideração que seja, têm uma dignidade fundamental pela qual se lhes deve respeito. De acordo com a ótica exclusiva, nem todos os seres humanos merecem respeito nem participam da dignidade fundamental, mas só os seres humanos portadores de certas características particulares. A visão exclusiva não

⁴⁵ SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição – Ética na era da engenharia genética*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, Tradução: Ana Carolina Mesquita, pp.125-126.

⁴⁶ SANDEL, Michael. *Contra a Perfeição – Ética na era da engenharia genética*. 1ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, Tradução: Ana Carolina Mesquita., p.125.

especifica quantas e quais características geram personalidade. Alguns pensam que uma característica sozinha garante personalidade, enquanto outros exigem uma multiplicidade delas. (...) Os que advogam autopercepção, racionalidade ou capacidade de sentir podem discutir com aqueles que advogam desejabilidade, produtividade econômica ou capacidade de comunicação, e estes, por sua vez, divergem dos que creem que nacionalidade, língua nativa ou atividade automotivada conferem personalidade. Todos eles divergiram daqueles que advogariam beleza, idade, saúde, religião, raça, fertilidade, berço como o que confere personalidade.⁴⁷

No bojo dessa discussão, surgem argumentos que sustentam a legitimidade da defesa da vida humana somente a partir do momento em que ela puder ser considerada *viável* fora do útero materno, ainda que com ajuda artificial, sendo esse um caminho seguro para diferenciar meros entes humanos vivos de pessoas. O caso judicial clássico *Roe vs Wade*, nos Estados Unidos do início da década de 1970, em que a Suprema Corte decidiu no sentido da liberação do aborto como razão de saúde, foi uma jurisprudência que sustentou em seus argumentos a tese da ausência de viabilidade do feto fora do útero como motivo suficiente para a desconsideração de sua personalidade e, por consequência, o não reconhecimento de seu direito a vida.

Essa tese, no entanto, não explica o fundamento da rejeição à personalidade em relação aos fetos que não podem sobreviver fora do útero materno. O argumento da viabilidade mostra-se cíclico, conforme afirma Kaczor:

A viabilidade ocorre quando o feto é capaz de viver fora do ventre materno, e isso é importante, nos é dito, porque é quando o feto tem como viver fora do ventre materno. Esse raciocínio circular não justifica atribuir à viabilidade qualquer significado.⁴⁸

O extremo relativismo evidenciado pela inexistência de parâmetros fixos por parte daqueles que advogam a personalidade como característica separada do dom fundamental de ser vivente é fato suficientemente impactante para se conceder primazia aos que sustentam a personalidade como dom, algo inerente a todo ser humano, sendo prescindível a existência de qualquer outra característica ou realização adicional para o reconhecimento de sua dignidade. A arbitrariedade quanto à escolha dessa característica adicional – ou conjunto de características – por parte dos defensores do “ser pessoa” como processo de realização já conduziu a resultados histórico-políticos desastrosos, como as práticas de eugenia por parte de regimes totalitários no decorrer do século XX, e corre o risco de ser colocada em prática sob

⁴⁷ KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direito das mulheres, vida humana e a questão da justiça*. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.92.

⁴⁸ KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direito das mulheres, vida humana e a questão da justiça*. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.71.

viés utilitarista e hedonista na atualidade caso esse paradigma definidor da personalidade separada do dom da vida volte a imperar. O parâmetro ético apresentado por Jean François Malherbe torna claro o fundamento do respeito à vida humana desde seus estágios iniciais a fim de que não prevaleça a arbitrariedade relativista quanto à decisão do que deve ser considerado como pessoa a partir de qualidades ou critérios adicionais:

Querer dispor de zigotos humanos a nosso bel prazer é querer dizer quem são nossos semelhantes, é querer definir para nós mesmos os limites do conjunto ao qual pertencemos por nossa própria natureza. Seria negar que a existência do outro é condição da possibilidade da nossa.” “O respeito devido ao zigoto não depende do fato de se saber se é ou não pessoa. O respeito absoluto que se oferece ao zigoto humano é uma condição de nossa existência como seres humanos.⁴⁹

Paulo Silveira Martins Leão Júnior expressa compreensão semelhante, ressaltando o aspecto da universalidade da dignidade humana:

A dignidade da pessoa humana há de decorrer, necessariamente, da própria natureza do ser humano e não de circunstâncias acessórias, adjetivas, como, por exemplo, saúde e tempo de existência, pois do contrário, cairíamos em fórmulas e critérios arbitrários e aleatórios, conforme as conveniências do momento, condicionando e aviltando a dignidade humana, e desrespeitando os termos claros dos princípios e preceitos constitucionais.⁵⁰

Os autores que partilham da ideia de que o nascituro em seus primeiros estágios não passa de um conjunto de células, sobretudo nas fases de zigoto e embrionária, costumam utilizar o argumento do “resgate de embriões”, segundo o qual, diante de uma situação de urgência que envolvesse a necessidade de escolher entre salvar a vida de pessoas já nascidas e de embriões humanos congelados, a maioria decidiria pela primeira opção. De acordo com esse argumento, seria justificável atribuir *status* moral superior às pessoas já nascidas em relação ao embrião pela simples razão de que o tratamento comumente conferido a um e a outro é diferente. No entanto, o modo como alguém é tratado em razão do estágio de seu desenvolvimento vital em nada altera o *status* humano inerente àquele que recebe ou sofre o tratamento, conforme afirma Kaczor:

⁴⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: ABEL, Francesc (ed.lit.); BONÉ, Edouard (ed.lit.); HARVEY, John C. (ed.lit.). *La Vida Humana, origen y desarrollo: reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*. Madrid: Universidad Pontificia Madrid – Institut Borja de Bioética, Colecciones Documentos de Trabajo (8), 1989, p.85.

⁵⁰ ACI DIGITAL. *Zica e o lobby para ampliar a legalização do aborto*. Site: Mídia sem Máscara. 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.midiasemmascara.org/artigos/governo-do-pt/16327-2016-02-02-22-48-13.html>. Acesso: 24 de setembro de 2016, 18:00.

Em escolhas de quem salvar, várias circunstâncias podem determinar quem seja salvo sem negar a igualdade fundamental dos seres humanos envolvidos. O caso do resgate de embriões não mostra que aos embriões humanos faltam os direitos humanos básicos.⁵¹

A conjugação dos princípios bioéticos com as descobertas científicas realizadas nas áreas da embriologia e da genética traz, portanto, como resultado a necessidade do reconhecimento da identidade subjetiva do nascituro, a qual não pode ser desconsiderada ou relegada a um segundo plano pelas demais ciências, inclusive a do direito, conforme entendimento de Francesco D’Agostini:

A reflexão bioética, em outras palavras, obriga-nos a pensar o nascituro como sujeito, independentemente dos vínculos naturais que tenha com a mãe (sem por isso negá-los e muito menos aviltá-los) e independentemente de toda e qualquer conceitualização jurídica tradicional.⁵²

Os erros comuns, perceptíveis à luz da ciência moderna, de teorias e argumentos que buscam postergar arbitrariamente a tutela da vida para outras fases do seu desenvolvimento surgem, sobretudo, a partir da tentativa de manipulação e domínio sobre a vida humana desde seus estágios iniciais.

Ainda que prevalecesse o entendimento cético da ausência de certeza científica quanto à existência de vida no momento da concepção, qual seria a postura mais correta? Pedro Montano responde a essa questão, posicionando-se a favor do *in dubio pro vita* como um dos princípios bioéticos adicionais que deve ser considerado, sendo decorrência do princípio da Não Maleficência, ou seja, de não causar prejuízo – *Primum Non Nocere* –, em perfeita analogia ao dever de precaução, já consagrado no direito ambiental:

Si existe duda, cualquiera que sea, hay que pronunciarse a favor de la vida. Esse debe ser un principio esencial de la bioética actual – derivado del *primum non nocere* – y por consiguiente, del derecho que se basa en ella. Este principio precautorio ha sido acogido en el ámbito de la protección del medio ambiente. Supone no intervenir en él sin asegurarse su preservación. (...) El medio ambiente no debe ser cuidado como un fin en si mismo, sino en función de la vida humana que en él se desarrolla hasta alcanzar su máxima plenitud.⁵³

⁵¹ KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direito das mulheres, vida humana e a questão da justiça*. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.132.

⁵² D’AGOSTINI, Francesco. *Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito*, São Paulo: Editora Unisinos, 2006, p.283.

⁵³ MONTANO, Pedro. *In Dubio Pro Vita*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.262. Tradução: “**Se existe dúvida, qualquer que seja, há que se pronunciar a favor da vida. Esse deve ser um princípio essencial da bioética atual – derivado de *primum non nocere* – e por conseguinte, do direito que se baseia nela. Esse princípio de precaução tem sido acolhido no âmbito da proteção ao meio ambiente. Supõe que não se intervenha nele sem assegurar sua preservação. (...) O meio ambiente não deve ser cuidado como um fim em si mesmo, mas em função da vida humana que nele se desenvolve até alcançar sua máxima plenitude.**”

Os defensores da posição contrária podem argumentar que, diante de eventual incerteza quanto à plena existência de vida desde a concepção, a postura mais correta seria permitir à gestante optar pela realização do aborto, tendo em vista que a autonomia da vontade deve prevalecer sob o viés da liberdade reprodutiva.

A resposta a esse contra-argumento é dada pelo fato de que o valor da vida humana, apesar de não ser absoluto, é mais caro do que a liberdade reprodutiva até porque a última jamais poderia existir sem a primeira. Dessa forma, até mesmo o reconhecimento da possibilidade de vida no nascituro desde a concepção já seria suficiente para que ela não fosse rejeitada ou colocada em risco. É o entendimento de Kaczor:

Alguém ter a liberdade reprodutiva coarctada é assunto sério, mas acabar com a vida de alguém é assunto bem mais sério, porque também leva embora qualquer possibilidade de liberdade – reprodutiva ou outra. O grau de possível dano causado no primeiro caso é sério, mas no segundo é absolutamente catastrófico.⁵⁴

1.6. AS FORMAS DE ABORTO E AS CONSEQUÊNCIAS PSICOFÍSICAS PARA A GESTANTE

Como todo ser vivo, o nascituro, em cada uma de suas fases a partir da concepção, está sujeito à morte.

Ao considerar a situação intrauterina, o fenômeno da *morte* do nascituro significa *aborto* ou, segundo expressão mais técnica, *abortamento*. Segundo Marculino Camargo⁵⁵, há quatro espécies de aborto: 1º) involuntário-espontâneo, que ocorre sem participação de ato de vontade humana; 2º) involuntário-culposo, que surge mediante uma ação humana sem a intenção de abortar; 3º) direto-voluntário, por meio de ação humana dirigida à finalidade de abortar; 4º) indireto-voluntário, por intermédio de uma ação lícita mas que leva ao efeito previsto mas indesejado do aborto.

⁵⁴ KACZOR, Christopher. *A ética do aborto – Direitos das mulheres, vida humana e a questão da justiça* São Paulo: Edições Loyola, Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, 2004, p.135.

⁵⁵ CAMARGO, Marculino. *Valores da existência humana: ideais e desafios da vida e da morte*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p.34.

O aborto pode ser definido, dessa forma, como: “a interrupção voluntária da gravidez com a morte do produto da concepção.”⁵⁶ Júlio Fabbrini Mirabette e Paulo Fabbrini afirmam, no Manual de Direito Penal que:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.⁵⁷

O aborto pressupõe, portanto, que o nascituro esteja se desenvolvendo no ventre materno, ou seja, que haja gravidez. No entanto, a morte do “produto da concepção” não se restringe a essa hipótese, abrangendo também os casos em que ela ocorre em relação aos embriões separados do organismo materno e congelados *in vitro*. A única diferença é que, nesse último caso, a morte do indivíduo que ainda não nasceu não é denominada tecnicamente “aborto”.

O ato abortivo direto-voluntário, diferentemente do que é possível imaginar, não traz como única consequência a morte do “produto da concepção”, ou seja, do nascituro, mas pode acarretar graves efeitos para a saúde física e psíquica da gestante.

No que se refere às consequências psicológicas, os especialistas constataram a presença da chamada “Síndrome Pós-Aborto” (SPA). Clemente Pereira Rolim, especialista em Clínica Médica pela Associação Médica Brasileira (AMB), afirma que existem três principais fatores para a gestante em decorrência do aborto: sentimentos de remorso e culpa (60% das mulheres); oscilações de ânimo e depressões (30 a 40%); choro imotivado, medos e pesadelos (35%). Afirma Clemente Rolim:

Quanto ao sentimento de culpa, já tentaram atribuí-lo a crenças religiosas. Certamente, há sentimentos de culpabilidade originados por convicções religiosas, mas a maior parte destes sentimentos posteriores ao aborto tem muito pouco a ver com crença religiosa. O aborto viola algo muito profundo na natureza da mulher. Ela é naturalmente a origem da vida e é normal que a mulher grávida esteja consciente de que cresce uma criança dentro dela.⁵⁸

⁵⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.93. Apud: FLORIAN, Eugenio; NICEFORO, Alfredo; PENDE, Nicola. *Dizionario di criminologia*. Milano: Francesco Vallardi, 1943, p.5.

⁵⁷ MIRABBETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Paulo. *Manual de Direito Penal – Volume II*. 28ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p.57.

⁵⁸ ROLIM, Luiz Clemente de Souza Pereira. *Aborto e traumatismos psicológicos*. São Paulo: Unifesp-EPM, 1996. Disponível em: www.fecomvirtudes.com.br/aborto-e-traumatismos-psicologicos-2/. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 15:00.

Dentre as demais consequências psicológicas elencadas, estão presentes as seguintes: queda na autoestima pessoal; frigidez (perda do desejo sexual); aversão ao marido ou ao amante; culpabilidade ou frustração de seu instinto materno; desordens nervosas, insônia, neuroses diversas; doenças psicossomáticas; depressões.⁵⁹

Quanto às possíveis consequências físicas da realização do aborto para a gestante, Carlos Eduardo Pereira afirma as seguintes:

As consequências físicas, dependendo do método usado, podem ser muito sérias para a mulher, inclusive por ela correr risco de morte. (...) A mulher corre o risco de ter sérias hemorragias, infecções, lesões intestinais, complicações renais e hepáticas pelo uso de produtos tóxicos. Dependendo do método utilizado, podem ocorrer perfurações no útero, esterilidade e abortos espontâneos em próximas tentativas de ter outro filho.⁶⁰

O Ministério da Saúde, na sua Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento de 2005 afirma que, especialmente após a 12ª semana de gestação, as técnicas utilizadas para o procedimento de aborto são muito mais invasivas no que diz respeito à saúde física da mulher, tendo em vista que a Curetagem Uterina tem a potencialidade de causar perfurações no útero.⁶¹ Isso terá importância especialmente na discussão quanto ao prazo para o abortamento nos casos de gravidez decorrente de estupro.

Essas considerações sobre o aborto são essenciais para que se esclareça que a questão não se limita à defesa da vida humana intrauterina – apesar de sua existência e valor intrínseco, conforme verificado –, mas diz respeito também à saúde física e psíquica da gestante, tendo em vista que, no momento da gravidez, sua vida e a do nascituro estão profundamente unidas. Isso deve ser considerado na análise jurídica sobre a defesa da vida daqueles que, já concebidos, estão por nascer.

⁵⁹ PINTO, Ana Paula; TOCCI, Heloísa Antônia. *O aborto provocado e suas consequências*. Revista de Enfermagem: UNISA, 2003; 4: 56-61, p.59.

Disponível em: www.unisa.br/graduacao/biologicas/enfer/revista/arquivos/2003-13.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 16:00.

⁶⁰ SILVEIRA, Carlos Eduardo. *Prática do aborto na sociedade contemporânea: perspectivas jurídicas, morais, econômicas e religiosas*. Disponível em: egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13484-13485-1-PB.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 16:30.

⁶¹ Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf, p.42. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 16:30.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após as considerações filosóficas e científicas sobre o surgimento e a dignidade da vida humana, além do dever ético de respeito e proteção a ela, passa-se para a análise das normas e dos mecanismos jurídicos de tutela da vida intrauterina.

2.1. BIODIREITO

O biodireito é a ciência resultante da conjunção entre a bioética e o direito e tem, portanto, como foco o estudo das normas jurídicas, que derivam de paradigmas éticos. Diego Garcia, na busca da melhor correlação entre direito positivo e ética, apresenta a seguinte expressão:

Biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da bioética, no sentido em que formula as relações peculiares entre a ética e o direito que se inter-relacionam reciprocamente: ética como instância prática do direito e direito como expressão positiva da ética.⁶²

Maria Helena Diniz, a partir do foco na conexão entre o direito e a bioética, afirma que o biodireito tem a vida e a dignidade humana como seus objetos centrais:

É o estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.⁶³

O ramo científico apresentado pode ser dividido em dois: o macrobiodireito, área que se incumbe de investigar as relações entre o homem e os meio-ambientes nos quais se insere – natural, cultural, artificial – e o microbiodireito, cuja atenção é direcionada à vida humana considerada na sua individualidade e reconhecida em seu caráter intrínseco de dignidade. Dessa forma, o enfoque no direito à vida em seus estágios anteriores ao

⁶² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Curso de bioética e biodireito*. 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.17.

⁶³ DINIZ, Maria Helena, *O estado atual do biodireito*. 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p.32.

nascimento é abrangido pelo microbiodireito, cujos parâmetros abarcam o sistema jurídico brasileiro no âmbito da proteção à vida do nascituro.

O biodireito ganha ampla importância nas últimas décadas em razão do rápido desenvolvimento dos meios técnico-científicos vinculados ao avanço de mecanismos de intervenção e controle sobre a vida humana. Dessa forma, essa área torna-se um ramo da ciência destinado não apenas a investigar os fenômenos relativos à vida, mas, sobretudo, a defendê-la em razão de seu valor intrínseco e de favorecer o desenvolvimento do ciclo vital humano. Nesse sentido, o trecho a seguir de Maria Celeste elucida essa função:

O direito de todo indivíduo humano à vida e os direitos da família e da instituição matrimonial são elementos constitutivos da sociedade civil e de sua ordem jurídica. As novas possibilidades técnicas abertas no campo da biologia exigem a intervenção de legisladores nacionais, pois o recurso incontrolado a tais técnicas poderia levar a consequências altamente prejudiciais à sociedade. Os direitos inalienáveis da pessoa devem ser respeitados e tutelados pela legislação penal. Não são uma concessão do Estado, eis que pertencem à natureza humana, por força do ato criador que lhes deu origem.⁶⁴

A vida humana, em razão de não ser criada pelo Estado, não pode ser concessão deste. Esse é o fato básico a partir do qual se gera a obrigatoriedade de que toda ordem jurídica, a níveis nacional e internacional, reconheça, respeite e faça respeitar o direito à vida desde sua fase inicial.

Torna-se necessário, no entanto, transpor a esfera científica e filosófica mais geral, analisada anteriormente, que fornece os parâmetros para identificar a origem da vida e o fundamento de sua respeitabilidade, a fim de analisar as normas de direito positivo que dizem respeito ao nascituro. Tal análise se circunscreverá ao ordenamento jurídico brasileiro, levando em consideração a escala hierárquica na qual a normatização encontra-se inserida.

2.2. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tratamento conferido ao direito à vida do nascituro, tendo como eixo o ordenamento jurídico brasileiro, deve ser realizado a partir da busca de uma visão mais integral do sistema, tendo por referência, em primeiro lugar, as normas hierarquicamente

⁶⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceição – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, pp.91-92.

superiores, que conferem validade às demais, e, posteriormente, as normas de hierarquia inferior. Seguindo essa trajetória, a sequência a ser analisada é: 1º) a Constituição Federal de 1988; 2º) as convenções internacionais de Direitos Humanos de hierarquia constitucional e os demais tratados internacionais de sobre o mesmo tema de hierarquia supralegal; 3º) as normas infraconstitucionais de natureza civil e penal.

2.2.1. Constituição Federal

O parâmetro máximo de nosso ordenamento jurídico é a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior e determinante da validade de todas as demais normas positivas. É, portanto, imperiosa a análise dos dispositivos constitucionais a fim de que se verifique a compatibilidade destes em relação à normatização infraconstitucional.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição, traz como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*. Parte substancial da doutrina constitucionalista moderna reconhece nesse fundamento um supraprincípio, sob cujo parâmetro todos os demais princípios e normas do sistema jurídico devem ser compreendidos e interpretados, tendo em vista que a pessoa humana é o fim para o qual todos os ordenamentos se constituem como instrumentos de proteção. Esse supraprincípio é, portanto, compreendido como a unidade de sentido da Constituição e, por consequência, de todo ordenamento, conforme afirma Jorge Miranda:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concessão que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. (...) Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência de sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e destino.⁶⁵

Esse princípio, por mais abstrato que pareça e por mais amplo que seja no seu objeto, possui conteúdo identificável, e se baseia na centralidade do reconhecimento de que cada indivíduo humano é fim em si mesmo, jamais podendo ser tratado como objeto

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos Fundamentais*. 5ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, fevereiro de 2014, pp.219-220.

manipulável de vontades ou ações alheias. Esse conteúdo pode ser resumido na seguinte expressão de Maria Celeste:

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece indicado, ora como princípio da *personalidade*, ora como princípio da *individualidade*, e nos obriga a um compromisso inafastável: **o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade de todo ser humano**. Isso porque o homem é sujeito de direitos; não é, jamais, objeto de direito e, muito menos, *objeto* mais ou menos livremente *manipulável*. (os negritos não constam no original).⁶⁶

A dignidade humana é paradigma para interpretação e aplicação das normas jurídicas e base para a ponderação entre os valores que elas buscam proteger ou realizar, tendo como fim último o ser humano.

Esse princípio fundamental está baseado na formulação do constitucionalismo moderno, surgido historicamente a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de que o ser humano é titular de direitos em face do poder do Estado e a finalidade última de toda atuação estatal é o reconhecimento e a proteção da dignidade humana. Afirma nesse sentido Pereira Menaut:

La teoría constitucional clásica enseña que el hombre es titular de unos derechos absolutos frente al estado y frente a todos los poderes del mundo.(...) La Constitución nació íntimamente vinculada a los derechos para protegerlos frente al poder.⁶⁷

Não incumbe apenas ao Poder Público o reconhecimento e o respeito à dignidade humana, mas a todas as pessoas, devido ao caráter intersubjetivo das relações humanas. É o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a dignidade humana implica também, em *última ratio*, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (...) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e (...), até mesmo de um dever das pessoas para consigo mesmas.⁶⁸

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, é o dispositivo que prescreve e reconhece a tutela da vida, conforme segue:

⁶⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.199.

⁶⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Colex, 1997, p.317. Tradução: “A teoria constitucional clássica ensina que o homem é titular de uns direitos absolutos frente ao Estado e frente a todos os poderes do mundo.(...) A Constituição nasceu íntimamente vinculada aos direitos para protege-los frente ao poder.”

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2004, p.114.

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

Dentre todas as Constituições brasileiras, a de 1988 é a única que faz menção expressa à *inviolabilidade do direito à vida*. Nenhuma das anteriores utilizou essa expressão. Nos dispositivos atinentes aos direitos individuais, as Constituições de 1.824 (art. 179, *caput*), 1891 (art. 72, *caput*), 1934 (art.113, *caput*) e 1937 (art. 122, *caput*), não mencionam a vida, referindo-se apenas ao *direito à segurança individual*. As Constituições mais recentes, de 1946 (art. 141, *caput*) e 1967 (art. 150, *caput*), fazem referência à inviolabilidade dos direitos *concernentes à vida*. A Constituição brasileira atual, portanto, inova no uso da linguagem, conferindo maior importância a este bem jurídico: *vida*. Além disso, a localização da norma que elenca os direitos fundamentais no Título II, logo abaixo do Título dos Princípios Fundamentais, demonstra o maior relevo que o constituinte originário reconheceu em relação aos direitos fundamentais.

Mas a partir de qual momento o sistema jurídico protege esse direito? Alexandre de Moraes acentua que o início do reconhecimento do direito à vida não deve ficar a cargo do jurista, mas do cientista cuja área de estudos permite apontar esse momento:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista tão somente dar enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto.⁶⁹

A doutrina majoritária atesta a universalidade desse direito, que visa proteger não apenas brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mas também os estrangeiros não residentes que estiverem em território nacional.

O artigo 60, Parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição prescreve que os direitos individuais – cuja doutrina constitucionalista majoritária estende a todos os direitos fundamentais – constituem cláusula pétrea, sendo imodificáveis em sua essência por Emenda Constitucional.

A norma constitucional que protege o direito à vida é garantida em todas as circunstâncias, sendo vedada a pena de morte (artigo 5º, inciso XLVII), com a única exceção,

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª edição, revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional nº 91 de 18 de fevereiro de 2016, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2016, p.35.

expressa pela própria Constituição Federal, diante da hipótese de crimes militares cometidos em tempos de guerra declarada, conforme ditame do artigo 84, inciso XIX.

O alto valor conferido à vida no âmbito de proteção jurídica já se revela pelo fato de ela constituir fundamento dos demais bens jurídicos. José Afonso da Silva, nesse sentido, afirma:

A *vida humana*, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...) ela constitui a fonte primária de todos os bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida num desses direitos.⁷⁰

O mesmo autor, em sua obra *Comentário Contextual à Constituição*, busca investigar se o constituinte originário se orientou no sentido de tutelar a vida desde a concepção ou desde o nascimento com vida. Afirma a existência de três correntes e a atribuição às normas infraconstitucionais de extensão desse direito:

Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida desde a *concepção*, o que importava proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo a vida intra-uterina inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, responsabilidade da mulher, o que possibilitaria o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. **Tudo vai depender da decisão de quando começa a vida.** A nós nos parece que no feto já existe vida humana.⁷¹ (os negritos não constam no original).

A decisão sobre quando se dá o início da vida humana individual, conforme analisado anteriormente, não pode depender de um critério jurídico, mas da determinação de outras ciências capazes de investigar esse objeto. Cabe ao direito positivo conferir proteção – ou deixar de fazê-lo – em relação ao objeto definido por outras áreas de conhecimento.

A característica da vida como fonte primária de toda ordem jurídica baseada na dignidade humana remete à compreensão de parte da doutrina constitucionalista às chamadas *dimensões dos direitos fundamentais*, que compreende a positivação e a tutela das diferentes espécies desses direitos ao longo das etapas históricas. Existe controvérsia em relação à quantidade de dimensões existentes e a quais tipos de direitos cada uma se refere. Paulo

⁷⁰ AFONSO DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª edição, revista e atualizada (até a Emenda Constitucional nº84, de 2.12.2014), São Paulo: Malheiros Editores, , 2015, p.200.

⁷¹ AFONSO DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª edição, de acordo com a Emenda Constitucional nº56, de 19.12.2007, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.67.

Bonavides⁷² afirma a existência de quatro, na sequência: 1^a) os direitos do indivíduo em caráter de resistência ou oposição ao poder do Estado, como a *vida*, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a Lei; 2^a) os direitos econômicos, sociais e culturais, em que a intervenção estatal se faz necessária para assegurá-los, destacando-se, por exemplo, os direitos trabalhistas e previdenciários; 3^a) os de solidariedade e fraternidade, os quais identificam o homem não apenas como indivíduo, mas também como partícipe de coletividades, ganhando destaque os direitos difusos e coletivos; 4^a) aqueles referentes à universalização institucional, destacando-se os direitos à democracia direta, à cidadania, ao pluralismo e à informação correta.

Importa consignar que, embora seja dada ênfase às novas *dimensões* de direitos fundamentais, isso não significa que as proteções jurídicas conquistadas de forma mais recente acabem por suplantam as anteriores. Ainda que haja diversas etapas históricas na positivação dos direitos, o próprio sentido do termo *dimensão* revela que aqueles que surgiram posteriormente não podem prescindir dos anteriores, pois dependem destes para ter eficácia. Dessa forma, é perceptível que o direito à vida, como fonte necessária sem o qual os demais não poderiam existir nem ser eficazes, tem importância para todas as dimensões históricas de direitos.

Não é possível, além disso, circunscrever o direito fundamental à vida apenas aos termos de uma oposição ou resistência do indivíduo em face do Estado, pois suas formas de garantia e efetividade envolvem formas de intermediação estatal, como atuação em políticas públicas na área de saúde, por exemplo, e o reconhecimento de que o indivíduo é partícipe de outras coletividades, as quais também têm responsabilidade na sua proteção e desenvolvimento.

Esse caráter pluridimensional dos direitos fundamentais deve ser conjugado ao prisma das múltiplas funções que eles desempenham. Joaquim José Gomes Canotilho⁷³ elenca quatro dessas principais funções: 1^a) defesa ou liberdade do indivíduo perante os poderes públicos; 2^a) prestação social, ou seja, direito de obter algo por intervenção do Estado; 3^a) proteção perante terceiros, diante da concretização ou possibilidade de agressão a um bem jurídico por outrem; 4^o) não discriminação, na perspectiva de que o Estado trate os cidadãos como fundamentalmente iguais.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31^a edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de nº 90, de 15.9.2015), São Paulo: Malheiros Editores, 2016, pp.574-587.

⁷³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000, pp.407-410.

Os fatores de pluridimensionalidade e de plurifuncionalidade do direito à vida são abrangidos, por exemplo, no artigo 226, *caput* e Parágrafo 7º, da Constituição Federal. Esse dispositivo confere à família o reconhecimento de ser a base da sociedade, gozando, para tanto, de proteção especial por parte do Estado. O Parágrafo 7º afirma a dignidade humana e a “paternidade responsável” como parâmetros para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos e para o estabelecimento do fundamento das relações familiares e do planejamento familiar. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, preferindo se referir à *parentalidade responsável*, a fim de não excluir a maternidade desse âmbito, afirma:

(...) há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor. Daí ser importante o planejamento familiar como representativo não apenas de um simples direito fundamental, mas ao mesmo tempo constituindo responsabilidades no campo das relações de parentalidade-filiação. Ao direito individual da mulher se exercer sua sexualidade e optar pela maternidade de contrapõem as responsabilidades individual e social que ela assume ao se tornar mãe. Da mesma forma, e com bastante peculiaridade em relação ao homem: ao direito individual que lhe é assegurado de exercer sua sexualidade e optar pela paternidade se opõem as responsabilidades individual e social que ele encampa na sua esfera jurídica ao se tornar pai.⁷⁴

Guilherme Calmon demonstra a compreensão constitucionalista moderna de ponderação de direitos e valores. Afirma, por um lado, o direito ao livre exercício da sexualidade tanto da mulher quanto do homem, mas circunscreve, por outro lado, a responsabilidade individual e social gerada diante da opção pela maternidade ou paternidade. Dessa forma, o surgimento de uma nova vida enseja a construção de um novo campo de relacionamento, de parentalidade-filiação, criadora de responsabilidades e direitos.

A Constituição, desse modo, reconhece a vida humana como um dos principais valores sobre o qual se assenta nosso ordenamento jurídico. Ela, porém, não esgota, mas antes confere abertura para que as normas hierarquicamente inferiores possam determinar a extensão e as formas de tutela desse direito. A Constituição também não está fechada apenas à normatização estabelecida pelo constituinte originário, podendo sofrer ampliação por Emenda Constitucional e por tratados de direitos humanos que venham a possuir esse *status*. Revela-se, assim, o caráter dinâmico e abrangente do sistema jurídico brasileiro, capaz de se enriquecer com os direitos humanos e outros modos de proteção infraconstitucional.

⁷⁴ DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais. O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. São Paulo: Editora Renovar, 2003, pp.453-454.

2.2.2. Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos

A primeira característica a ser analisada quanto aos direitos humanos refere-se à sua obrigatoriedade em relação aos Estados signatários dos pactos internacionais que versam sobre o tema. Ainda que as Constituições não previssessem essa obrigatoriedade, ela consta expressamente no artigo 10 da Declaração Universal das Nações Unidas, conforme afirma Fábio Konder Comparato:

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. (...) Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.⁷⁵

André de Carvalho Ramos partilha dessa visão ao afirmar que “a internacionalização dos direitos humanos é uma realidade incontornável. (...) O descumprimento de uma obrigação internacional pelo Estado torna-o responsável pela reparação dos danos porventura causados.”⁷⁶ O princípio milenar *pacta sunt servanda* (“os pactos devem ser cumpridos”) abarca as relações entre os Estados que assinaram consensualmente os documentos internacionais. A ausência de um poder coercitivo supraestatal não elimina o caráter de obrigatoriedade, pois há outros mecanismos internacionais de responsabilização do Estado violador dos direitos humanos. Se esses elementos estivessem ausentes e não existissem mecanismos de integrar as normas dos tratados e convenções internacionais ao ordenamento pátrio, essa fonte de normatização não possuiria qualquer eficácia, constituindo no máximo normas programáticas aos Estados.

O estabelecimento das normas internacionais de direitos humanos no Brasil encontra respaldo na Constituição Federal que, no artigo 4º, inciso II, assume como um dos princípios que rege a República Federativa do Brasil em âmbito internacional a *prevalência dos direitos humanos*.

⁷⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp.258-259.

⁷⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p.33.

A discussão quanto ao estatuto das normas decorrentes de tratados internacionais sobre direitos humanos se deu em razão de interpretações divergentes dadas ao artigo 5º, Parágrafo 2º, da Constituição Federal, que prescreve a não exclusão de outros direitos e garantias além dos previstos na própria Constituição, decorrentes inclusive de tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária. Entretanto, o Parágrafo 3º desse artigo, acrescido à ordem constitucional pelo advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passou a prescrever que, para que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos pudessem ser inseridos no plano constitucional, eles precisariam ser aprovados pelo mesmo rito de Emenda à Constituição, ou seja, por três quintos dos membros de cada uma das Casas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois turnos de votação.

O Supremo Tribunal Federal, em 2008, definiu a questão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343 de São Paulo. Por maioria de votos, foi decidido que os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos que não tivessem sido aprovados pelo rito formal das Emendas Constitucionais teriam o *status* de supralegalidade, ou seja, se encontrariam no plano hierárquico do ordenamento jurídico em nível inferior apenas à Constituição, mas superior a todas as demais normas infraconstitucionais. A posição majoritária foi encabeçada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, em rejeição ao entendimento do Ministro Celso de Mello, segundo o qual as normas de direitos humanos, independentemente de sua forma de ratificação pelo Congresso, têm sempre *status* de constitucionalidade.

A Convenção dos Direitos sobre Pessoas com Deficiência foi o único tratado internacional sobre direitos humanos que, até o momento, foi inserido no ordenamento jurídico pátrio com *status* de norma constitucional por ter sido aprovado segundo o procedimento de aprovação das Emendas Constitucionais, ou seja, por quórum de maioria qualificada de três quintos em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação. A promulgação oficial desse tratado no Brasil se dá com o Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Todos os demais tratados sobre o tema encontram-se no plano da supralegalidade no direito brasileiro. É o caso da Declaração Universal das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Convenção sobre os Direitos das Crianças e a Convenção Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

2.2.2.1. Convenção dos Direitos sobre Pessoas com Deficiência

A normatização atual sobre os direitos das pessoas com deficiência insere-se, segundo Flávia Piovesan⁷⁷, no bojo de uma evolução histórica dos direitos humanos, que compreende quatro fases: 1^a) de intolerância, na qual a deficiência representava uma forma de impureza; 2^a) de invisibilidade para com essas pessoas; 3^a) de assistencialismo médico em vista da cura; 4^a) de inclusão e inserção social e cultural. A busca desse último viés paradigmático enseja a necessidade de atribuir ao Estado a eliminação dos impedimentos ao desenvolvimento das potencialidades e ao exercício dos direitos das pessoas com deficiência.

No que se refere ao direito à vida, o artigo 10 da Convenção dos Direitos sobre Pessoas com Deficiência prevê:

Art.10. Os Estados Partes reafirmam que **todo ser humano tem o inerente direito à vida** e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O dispositivo reafirma, portanto, o teor do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Crianças, ao relacionar o direito à vida, de caráter inerente, a todo ser humano, sem distinção entre os nascidos e os nascituros em quaisquer de suas fases de desenvolvimento. (os negritos não constam no original).

Levando-se em consideração a existência do novo paradigma de inclusão e não discriminação em relação às pessoas com deficiência, a reafirmação do direito à vida na Convenção é de especial importância, tendo em vista que se configura como mecanismo jurídico que busca evitar o recurso à eugenia, ou seja, à eliminação de vidas humanas intra-uterinas consideradas “indesejáveis” ou excluídas de um pretense “padrão de perfeição”. O Estado, tendo por obrigação remover os obstáculos ao pleno desenvolvimento das potencialidades das pessoas com deficiência, não pode prescindir de proteger o direito à vida, inclusive em relação àquelas que estão se desenvolvendo no ventre materno.

Na esfera da Constituição Federal, o artigo 23 afirma competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. O artigo 24 prescreve a competência concorrente de União, Estados e Distrito Federal na proteção e integração social dessas pessoas. No plano da legislação ordinária, a Lei nº 7.853/89 assegura legitimidade ao Ministério Público na defesa dos direitos das pessoas com deficiência.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.296.

A integração desses dispositivos com o princípio da dignidade humana ratifica a necessidade de defesa dos direitos existenciais do nascituro diagnosticado com deficiência.

2.2.2.2. Declaração Universal das Nações Unidas

A Declaração Universal da Organização das Nações Unidas foi formulada logo após sua criação no panorama histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, período em que se constataram as atrocidades cometidas pelo regime nazista e em que o modelo positivista puro entrou numa situação de crise. Destaque-se que os países do bloco comunista da esfera de domínio político da União Soviética, além de Arábia Saudita e África do Sul, foram os únicos membros dessa nova Organização que se abstiveram de votar o documento de direito humanos.

A influência do contexto histórico em que ocorre a Declaração Universal na linguagem e nos conteúdos dos direitos ali elencados é expressa por Flávia Piovesan:

Considerando esse contexto, a Declaração de 1948 introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto os direitos civis e políticos (arts. 3º a 21) como os direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Duas são as inovações introduzidas pela Declaração: parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos.⁷⁸

Quanto aos direitos civis e políticos, há dois dispositivos de fundamental importância no que concerne ao direito à vida. Um deles é o artigo 3º, que afirma: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Há também o artigo 6º, que prescreve: “Todo ser humano tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei”.

O primeiro dos dispositivos mencionados prescreve que todo **ser humano** possui direito à vida, não se referindo, pois, ao termo “pessoa”, que poderia ter significado mais restrito. Não resta dúvida, assim, que a Declaração abrange o homem em todas as etapas de seu desenvolvimento. Como não é o direito nem a política que definem quando se inicia biologicamente o ciclo vital, há que se reportar à compreensão científica da embriologia e da genética, que afirma a concepção como o estágio inicial. Levando-se em consideração os

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp.212-214.

dados científicos e integrando-os à norma supracitada, compreende-se que o nascituro deve ser tratado como pessoa e ter seu direito à vida tutelado.

O artigo 6º, referido anteriormente, parece a princípio que nada acrescenta ao direito à vida. Porém, ao afirmar que todo *ser humano* tem direito de ser reconhecido como *pessoa* perante a Lei, proíbe indiretamente ao ordenamento jurídico de cada país signatário a restrição do termo “pessoa” a um estágio arbitrariamente estabelecido do desenvolvimento humano.

2.2.2.3. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

A Carta Internacional de Direitos Humanos das Nações Unidas é constituída por três instrumentos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos – acima analisada – o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

O PIDCP foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e inserido no sistema jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Esse documento concentra-se especialmente na proteção dos direitos chamados *de primeira dimensão*, ou seja, dos cidadãos em face de poderes externos, tanto estatais quanto privados, conforme explica Flávia Piovesan:

O Pacto de Direitos Civis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. A obrigação do Estado inclui também o dever de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados. Isto é, cabe ao Estado-parte estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia à violação de direitos civis e políticos. As obrigações dos Estados-partes são tanto de natureza negativa (ex.: não torturar) como positiva (ex.: prover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos). Ao impor aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos (...), o Pacto de Direitos Civis e Políticos apresenta auto-aplicabilidade.⁷⁹

No âmbito da proteção aos direitos individuais, o artigo 6º, item 1, é expresso no sentido de tutelar a vida humana, proibindo que alguém seja dela privado de modo arbitrário.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp.235-236.

Art. 6º, 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

Esse dispositivo, que incumbe ao Estado tanto o agir negativo quanto o positivo na defesa da vida, deve ser conjugado aos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, para que se compreenda que o início de proteção ao direito ocorre a partir da concepção.

2.2.2.4. Convenção Interamericana de Direitos Humanos

O Brasil assumiu compromissos tanto na esfera internacional, ao assinar a Declaração Universal, quanto na esfera continental, ao ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, ao se responsabilizar pelo cumprimento dos dispositivos previstos nesses documentos.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, reconhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 1969, entrou em vigor em 1978 e foi inserida na órbita do ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

Flávia Piovesan explica em termos gerais os direitos e mecanismos de que trata a Convenção:

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão (...). A Convenção Americana estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia. Esse aparato é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana.⁸⁰

A Convenção Interamericana apresenta, desde seu Preâmbulo, a chave que deve nortear toda interpretação relativa aos direitos humanos pelos seus signatários:

Os direitos essenciais do homem não nascem do fato de pertencer a determinado Estado, mas têm como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional, de natureza convencional coadjuvante ou complementar à que é oferecida pelo direito interno dos Estados americanos.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp.332-334.

A base dos direitos humanos se identifica, portanto, com o fundamento da República inscrito no artigo 1º, inciso III, de nossa Constituição, ou seja, a dignidade da pessoa humana. A fixação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, desse modo, não pode derivar de uma decisão arbitrária do Estado, da comunidade internacional ou de quaisquer outras fontes de poder, mas deve encontrar respaldo na própria condição humana, ou seja, nos atributos inerentes à pessoa que justificam a tutela estatal e da comunidade internacional.

A Convenção Interamericana prescreve, logo em seu artigo 1º, item 2, que, para seus efeitos, pessoa é todo ser humano, ratificando, assim, a orientação conferida pelo artigo VI da Declaração Universal das Nações Unidas. Acrescenta no item 3 do mesmo artigo que toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. No artigo 4º, item 1, especifica o sentido e a abrangência da proteção ao direito à vida:

Art. 4º, 1. Toda pessoa tem o direito que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Aurélio Garcia Elorrio e Jorge Scala comentam em um artigo o conjunto de tais dispositivos para os países que reconhecem esse tratado internacional:

Por tanto, para el derecho de los derechos humanos, todo ser humano es persona , y ninguna condición – como podría serlo el nacimiento –, puede restringir sus derechos humanos. Ergo, el derecho a la inviolabilidad de la vida de todo *nasciturus* es norma de *jus cogens*.⁸¹

Os demais itens do artigo 4º normatizam o direito à vida na perspectiva do tratamento a ser conferido à pena de morte nos países signatários do Pacto.

O dispositivo também tem grande importância no que se refere ao direito à vida do nascituro para todos os países signatários da Convenção. Isso porque o item 1 do artigo 4º prescreve que esse direito deve ser protegido em geral desde a concepção, afastando a possibilidade de que alguém seja dele privado de maneira arbitrária. O que se encontra como proteção genérica à vida no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, especifica-se quanto ao termo inicial – a partir da concepção – com a inserção do Pacto de San José ao ordenamento jurídico.

⁸¹ ELORRIO, Aurélio Garcia; SCALA, Jorge. *La Tutela de la Vida “Desde el Momento de la Concepción”*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito Fundamental à Vida*. São Paulo: Editora Quartier latin do Brasil, 2005, p.102. Tradução: “**Portanto, para o direito dos direitos humanos, todo ser humano é pessoa, e nenhuma condição – como pode sê-lo o nascimento –, pode restringir seus direitos humanos. Logo, o direito à inviolabilidade da vida de todo nasciturus é jus cogens.**”

O artigo 29, alínea *a*, da Convenção Interamericana, não deixa dúvidas quanto à interpretação de seus dispositivos:

Art. 29. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista

Demonstra-se cabalmente que todos os países comprometidos como o cumprimento do Pacto não podem suprimir ou limitar o exercício e o gozo do direito à vida, cujo reconhecimento e termo inicial de proteção são expressos na própria Convenção. Seria possível argumentar no sentido de que, no plano internacional, o indivíduo – considerando-se, sobretudo, o nascituro – não é sujeito de direitos, sendo essa atribuição conferida apenas aos Estados. Antônio Augusto Cançado Trindade objeta, atribuindo a todo ser humano a condição de sujeito de direitos em esfera internacional: “son sujetos de derecho “todas las criaturas humanas”, como miembros de la “sociedade universal”, siendo “inconcebible” que el Estado vienga a negarles esta condición.”⁸²

2.2.2.5. Convenção Sobre os Direitos da Criança

Essa Convenção, inserida na órbita jurídica brasileira a partir do Decreto nº 99.710/90, traz dois importantes dispositivos quanto ao direito à vida, o artigo 1º, que se relaciona indiretamente ao tema, e o artigo 6º, cuja relação é direta:

Art.1º Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Art.6º, 1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI: Memoria del Seminario*. Primera Edición, San José, Costa Rica. 2001. Artigo: TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. *Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano*, p.11. Tradução: “são sujeitos de direito “todas as criaturas humanas”, como membros da “sociedade universal”, sendo “inconcebível” que o Estado venha a negar-lhes essa condição.”

O artigo 6º, 1, assegura a toda criança o direito à vida. Mas quem deve ser considerado criança para os efeitos dessa Convenção? Cabe ao artigo 1º responder, afirmando, como regra, que criança é o ser humano com menos de 18 anos de idade.

Como não existe termo inicial expresso, seria cabível, a princípio, o entendimento de que a proteção teria início no nascimento com vida. No entanto, deve-se verificar que o artigo 1º é explícito ao dizer que criança é todo **ser humano**. O ciclo vital humano inicia-se com a concepção, e não com o nascimento com vida. Além disso, todo ser humano tem direito de ser reconhecido como pessoa conforme a Declaração Universal das Nações Unidas e a Declaração Interamericana de Direitos Humanos. A concepção deve ser considerada, portanto, o termo inicial da tutela dos direitos da criança.

Esse dispositivo deve ser compreendido também de acordo com a norma constitucional constante no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, no Capítulo referente à Família:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, **com absoluta prioridade, o direito à vida**, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (os negritos não constam no original).

Essa norma é paradigmática especialmente em razão da proteção jurídica conferida às crianças, adolescentes e jovens, delegando os deveres correspondentes não apenas ao Estado, mas também à família e à sociedade e resguardando, sobretudo, a prioridade absoluta no respeito a esses direitos. Ao comentar o princípio da prioridade absoluta, que também consta no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, afirma Rita de Cássia:

Dar prioridade significa dar primazia, precedência, preferência, privilégio. A sociedade, o Estado e a família se responsabilizam pela gama dos direitos previstos para as crianças e adolescentes com tal prioridade, frente a outros direitos e necessidades, seja no campo social mais amplo, seja nas relações horizontais. (...) Ora, sendo a criança pessoa em desenvolvimento, como se viu, natural se atribua a ela prioridade absoluta, significando que, à frente dos adultos, estão crianças e adolescentes.⁸³

⁸³ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Direito à Prevenção Especial da Criança na Classificação Indicativa*. São Paulo: PUC-SP, 2016, 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p.52.

O princípio da prioridade absoluta, apesar de fazer referência diretamente a crianças e adolescentes, tendo, portanto, como início formal de aplicabilidade o nascimento com vida, deve ter por base uma orientação sistemática de todo ordenamento jurídico e não pode prescindir do fato de que alguns desses direitos, sobretudo os de caráter existencial, como à vida, à dignidade, à saúde e à alimentação, já podem ser usufruídos pelo nascituro. A aplicação conjunta dessas normas com o artigo 4º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos leva à conclusão de que o princípio da prioridade absoluta em face desses direitos existenciais é aplicável também ao nascituro.

A conjugação desses dispositivos da Convenção sobre Direitos da Criança com as normas presentes nos demais tratados internacionais de direitos humanos e com o artigo 227 da Constituição Federal, confere proteção jurídica à vida do nascituro desde a concepção. Ao se considerar o artigo 227 da Constituição, é óbvio que nem todos os direitos elencados no dispositivo podem ser conferidos ao nascituro – como, por exemplo, o direito à educação, à profissionalização e à cultura – mas os que possam servir como meios para a tutela da vida e da dignidade devem ser assegurados, e constituem, portanto, deveres fundamentais da família, da sociedade e do Estado.

2.2.2.6. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos

Esse tratado internacional, apesar de assinado pelo Brasil, não foi ratificado até o momento pelo Congresso Nacional. Apresenta, no entanto, certos dispositivos de importância central para o entendimento e a orientação na proteção ao direito à vida do nascituro. Ressalte-se especialmente os artigos 3º, 5º e 8º.

O artigo 3º, alínea *b*, prescreve que “os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”. O artigo 5º, parte final, afirma que “devem ser tomadas medidas especiais para proteger direitos e interesses dos indivíduos não capazes de exercer autonomia”. O artigo 8º, ao prever a necessidade de tutela dos seres humanos mais vulneráveis, prescreve que “a vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas” e que “indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.”

Uma interpretação sistemática, que correlacione essas normas com as anteriormente analisadas, permite compreender que o nascituro, enquanto ser humano incapaz de exercer autonomia e, portanto, vulnerável de forma específica, deve ter sua integridade individual respeitada, e os interesses da ciência e da sociedade devem ceder ante a prioridade de seus direitos existenciais.

A noção bioética presente nesses dispositivos foge ao prisma utilitarista e adota um viés de reconhecimento da dignidade do nascituro, prevendo a ciência e os mecanismos tecnológicos como meios, voltados ao homem como fim.

2.3. NORMAS DE DIREITO CIVIL

O Código Civil – promulgado como Lei nº 10.406, em 10 de janeiro de 2002 – prevê no artigo 2º a tutela dos direitos das pessoas ainda não nascidas. Esse dispositivo, em termos de literalidade, reproduz a prescrição contida no artigo 4º do Código Civil de 1916, conforme segue abaixo:

Art. 4º (CC/1916) A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Art. 2º (CC/2002) A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Para que haja clareza quanto ao que se entende por personalidade, é preciso recordar que esse termo se refere àquilo que é próprio do ser “pessoa”. Mas como compreendê-lo de um ponto de vista jurídico?

Maria Helena Diniz explicita a divisão doutrinária sobre esse conceito:

Para a doutrina tradicional, “pessoa” é o ente físico ou coletivo, sendo sinônimo de sujeito de direito. *Sujeito de direito* é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico. (...) **Para Kelsen**, o conceito de sujeito de direito não é necessário para a descrição do direito, é um conceito auxiliar que facilita a exposição do direito. (...) para esse autor a “pessoa” não é, portanto, um indivíduo ou uma comunidade de pessoas, mas **a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos.**⁸⁴ (os negritos não constam no original).

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil*. 30ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp.129-130.

Considerado como sujeito de direitos ou como unidade personificada das normas, é necessário analisar quando tem início o “ser pessoa”, ou seja, em que momento se origina a personalidade no plano jurídico.

Existe clássica divisão no direito civil quanto ao início da personalidade. As três correntes são: natalista, da personalidade condicional e concepcionista. Os natalistas afirmam que a personalidade e os direitos somente surgem a partir do nascimento com vida, cabendo ao nascituro mera expectativa de direitos. Os defensores da personalidade condicional afirmam que o nascituro é capaz de adquirir direitos, mas o caráter irrevogável dessa aquisição fica condicionado ao nascimento com vida. Os concepcionistas entendem que a assunção de direitos, ao menos dos chamados *direitos existenciais*, não depende do nascimento com vida, mas ocorre desde o momento da concepção.

Dentre os autores que se filiam à teoria natalista, destaque-se João Luiz Alves, que argumenta nesse sentido em seu comentário ao artigo 4º do Código Civil de 1916:

(...) é preciso reconhecer que, subordinada à cláusula do nascimento com vida, a personalidade desde a concepção não terá outra significação que não seja a de criar, como na teoria do Cód., **uma expectativa de direito.** (...) **A importância da controvérsia está na solução a dar em caso de sucessão.** Ora, o natimorto não adquire herança ou legado, de modo que não há transmissão aos seus herdeiros e sucessores, como se fora nativivo. Não tem, pois, alcance prático a fixação do início da personalidade no acto da concepção. Os efeitos jurídicos surgem no acto do nascimento, com ou sem vida: no primeiro caso, opera-se a aquisição de direitos, que se transmitem pela morte posterior ao recém-nascido; no segundo caso, nenhum direito se adquire.⁸⁵ (os negritos não constam no original).

O argumento se concentra na questão sucessória, ou seja, na possibilidade de o nascituro adquirir direitos *patrimoniais* caso nasça com vida. Não há discussão, a princípio, sobre os direitos existenciais, que poderiam estar presentes antes mesmo do nascimento.

Outro autor filiado à teoria natalista é Eduardo Espínola, que argumentava ser o nascituro um fruto do corpo humano:

A personalidade do homem começa com sua existência, isto é, com seu nascimento. Antes de nascer, não é “homem” o fruto do corpo humano e não tem personalidade jurídica (...). No período que decorre entre a concepção e o nascimento existe uma expectativa de personalidade, uma “*spes hominis*”, por isso punem o aborto provocado às leis penais e as leis civis reservam e acautelam direitos (...) ⁸⁶

⁸⁵ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, pp.146-147. Apud: ALVES, João Luiz. *Código Civil anotado*, Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1917, p.25.

⁸⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, vol. I, 1938, p.330.

A teoria da personalidade condicional tem sua principal expressão nos artigos 70 e 74 do Código Civil argentino de 1869 (*Ley 340*), baseado no *Esboço de Código Civil* de Augusto Teixeira de Freitas, que prescrevem o seguinte:

Artículo 70- Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Artículo 74 - Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido.⁸⁷

O primeiro dispositivo, que se baseia no artigo 221 do *Esboço* de Teixeira de Freitas, reconhece a existência do nascituro *como pessoa* desde a concepção, e a aquisição de direitos se deve, portanto, a esse fenômeno. No entanto, a continuação desse artigo afirma uma segunda e definitiva espécie de aquisição dos direitos – e, conseqüentemente, da personalidade – apenas àqueles que nascerem vivos. Relega-se, assim, aos que morrerem antes que estejam totalmente separados do organismo materno a resolução dos direitos anteriormente adquiridos, como se jamais tivessem existido.

Clóvis Bevilacqua, no início do século XX, faz um elogio à obra de Teixeira de Freitas no que se refere a esse paradigma:

Onde a verdade? Com aqueles que harmonizam o direito civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia e com a logica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 do seu *Esboço*. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a logica exige que se lhe reconheça o caracter de pessoa (...).⁸⁸

Percebe-se da análise dessas duas teorias que a preocupação central, especialmente dos natalistas, é com a aquisição de direitos patrimoniais como parâmetro para o reconhecimento da personalidade, evidenciando, assim, uma perspectiva *patrimonialista* do direito civil, que esteve em voga durante o século XIX e início do XX. Diante do reconhecimento de tais direitos apenas aos que nascem com vida, a conclusão a que se deveria

⁸⁷ Tradução: “Artigo 70 – Desde a concepção no seio materno começa a existência das pessoas e antes do seu nascimento podem adquirir alguns direitos, como se já houvessem nascido. Esses direitos ficam irrevogavelmente adquiridos se os concebidos no seio materno nascerem com vida, ainda que por instantes depois de estarem separados de sua mãe.” “Artigo 74 – Se morrerem antes de estar completamente separados do seio materno, serão considerados como se não houvessem existido.”

⁸⁸ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu.. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, pp.146-152. Apud: BEVILAQUA, Clóvis. *Projecto do Código Civil brasileiro: Trabalhos na Comissão Especial na Câmara dos Deputados. Projectos primitivo e revisto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v.1.

chegar é de que o nascituro não pode ser sujeito de direitos e, portanto, não tem personalidade.

Dentre os que se filiam à teoria concepcionista, encontra-se André Franco Montoro, que responde ao natalismo modificando o paradigma antigo para adotar um enfoque mais personalista:

(...) não é exato que os direitos do nascituro fiquem sempre condicionados ao nascimento com vida. Isso é verdade com relação aos *direitos patrimoniais*. Mas o direito de nascer, a proteção jurídica à vida do nascituro, etc., existem na sua plenitude antes do nascimento. (...) se julgarmos o ser concebido como pessoa, a norma do Código Civil deverá ser entendida de modo amplo, porque, então, ela anunciará uma regra geral, de aplicação também geral. Assim, além dos casos expressamente previstos em lei, outros poderá haver com fundamento no artigo 4º do Código Civil.⁸⁹ (os negritos não constam no original).

A afirmação de que os direitos existenciais se referem inclusive ao nascituro, mesmo aqueles não expressamente elencados no Código Civil, leva em consequência ao reconhecimento jurídico de sua personalidade.

Nesse sentido, evidencia-se o embate com a teoria da personalidade condicional, cujo cerne está na identificação ou equiparação entre *personalidade e capacidade*. Silmara Chinelato rebate o argumento ao afirmar o fundamento da diferença entre esses termos:

Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe. (...) a limitada capacidade de direito do nascituro não lhe tira a personalidade. (...) a personalidade do nascituro não é condicional; apenas *certos* efeitos de *certos* direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.⁹⁰

A identificação da capacidade como medida da personalidade leva à conclusão de que esta última não pode se sujeitar a condições: existe ou não existe. A ausência de *alguns* direitos ao nascituro, notadamente os de caráter patrimonial, não retira, desse modo, o reconhecimento de sua personalidade, tendo em vista que ele já é capaz de gozar de outros direitos. Maria Helena Diniz confirma esse entendimento: “Assim, para ser “pessoa” basta

⁸⁹ MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953, pp.30-31.

⁹⁰ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu.. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, pp.168-169.

que o homem exista, e, para ser “capaz”, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma condição jurídica.”⁹¹

A vigência do artigo 4º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica, que assegura o direito à vida desde a concepção, reconhecida como norma supralegal em nosso ordenamento, confere maior força à teoria concepcionista no bojo de uma interpretação sistemática das normas de direito civil.

Para que não haja dúvidas quanto ao fato de o nascituro ser sujeito de direitos existenciais no âmbito do direito civil, destacam-se alguns dispositivos que, além do já mencionado artigo 2º, parte final, asseguram tais direitos.⁹²

O primeiro deles é o artigo 542 do Código Civil, que fala sobre a possibilidade de doação ao nascituro:

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

O enunciado atualiza o artigo 1.169 do Código Civil de 1916, que afirmava que a doação feita ao nascituro valeria sendo aceita pelos *pais*. Esse artigo do Código atual, à primeira vista, parece regular uma relação entre o donatário e o representante legal do nascituro tendo em vista que a expressão “valerá” aparentemente indica a formação da validade do negócio jurídico de doação; porém, a relação objeto da norma é entre o donatário e o próprio nascituro, pois o verbo “valer” aqui indica uma condição de eficácia, ou seja, prescreve que a doação somente produzirá seus efeitos no mundo jurídico após a aceitação por parte do representante legal do nascituro.

Em comentário ao dispositivo do Código anterior, que prescrevia a aceitação pelos pais, Wagner Barreira entende não haver diferença entre a doação feita ao nascituro e as demais espécies desse mesmo negócio jurídico: “Nada as distingue, na verdade, das demais doações. Se representarem liberalidades puras e simples, portanto, deverão entender-se aceitas pelos pais que não declararam aceitá-las.”⁹³ Dessa forma, tanto o dispositivo do Código

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil*. 30ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.131.

⁹² O Código Civil de 1916, apesar de adotar um viés mais patrimonialista ao direito civil, também elencava direitos existenciais ao nascituro, conforme destaca Clóvis Beviláqua, na seguinte passagem: “Não obstante, o Código Civil Brasileiro como todos os outros, destaca situações, em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) art.359, legitimação de filho apenas concebido; b) art. 363, Parágrafo Único, reconhecimento de filho, anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1718, a pessoa já concebida, embora ainda não nascida, tem capacidade para adquirir por testamento.” BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Volume I*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, p.145.

⁹³ BARREIRA, Wagner. *Nascituro – II*. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Editora Saraiva – Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, v.54, 1977, p.54.

anterior quanto o atual artigo 542 pressupõem que o nascituro já exista no momento em que é lavrado o instrumento de doação.

O artigo 1.609, Parágrafo Único, fala sobre a hipótese de reconhecimento da paternidade em relação a filhos ainda não nascidos:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

(...)

Parágrafo único. O reconhecimento pode *preceder o nascimento* do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. (itálico nosso).

O artigo 226, Parágrafo 6º, da Constituição Federal equipara no âmbito da filiação legítima os filhos de qualquer origem. Nesse sentido, o reconhecimento da paternidade em relação ao nascituro não necessita da existência de vínculo biológico. Esse ato pode ocorrer, por exemplo, tanto em hipóteses de inseminação artificial homóloga – situação em que o sêmen depositado é do próprio indivíduo que assumirá a paternidade – quanto heteróloga – caso em que o sêmen é de outra pessoa.

A conjugação do *caput* do artigo 1.609 do Código Civil com seu Parágrafo Único permite compreender que, uma vez reconhecida a paternidade de filho havido fora do casamento, ainda que esse ato ocorra antes do nascimento, o caráter de irrevogabilidade se perfaz automaticamente. Isso significa que, da filiação reconhecida decorrem desde já efeitos no mundo jurídico, como, por exemplo, o dever do pai de prestar alimentos. O ato de reconhecimento e os efeitos jurídicos gerados de plano independem do nascimento com vida daquele que já foi concebido. Assim é o entendimento de Silmara Chinelato:

(...) o direito de ser reconhecido independe do nascimento com vida. Mesmo que o nascituro nasça sem vida, o reconhecimento existiu, foi válido e ao menos parcialmente eficaz, dando legitimidade ao filho para pedir alimentos ao pai e a este, em tese, o pátrio poder.⁹⁴

Seria possível objetar que os “alimentos gravídicos”, previstos na Lei nº 11.804/2008 são devidos não ao nascituro, mas tão somente à gestante a fim de cobrir as despesas adicionais do período de gravidez, desde a concepção até o parto, conforme entendimento doutrinário de Paulo Lôbo⁹⁵. Porém, não pode ser desconsiderado que os

⁹⁴ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p.211.

⁹⁵ “Essa orientação restou consagrada na Lei nº 11.804/2008, que instituiu o que denominou “alimentos gravídicos”. Compreendem os valores suficientes “para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto”, inclusive alimentação especial, assistência médica, exames, internação, parto e medicamentos. Esses alimentos não têm como titular o nascituro, mas a mulher grávida, em face do futuro pai, pois ela também arcará com

alimentos são devidos em razão da existência de gravidez, que o termo inicial de sua prestação é o momento da concepção – conforme prescreve o artigo 2º, *caput*, da referida lei – e que o nascituro também é beneficiário, ainda que indireto, dessa prestação, contribuindo para o resguardo e a garantia de seus direitos existenciais, como a vida, a saúde e a alimentação, já previstos no artigo 227 da Constituição Federal. Rolf Madaleno, seguindo esse paradigma, afirma:

A Lei 11.804, de 05 de Novembro de 2008, dá vida à *teoria concepcionista* ao reconhecer, agora sim, por expresso texto legal, o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da *teoria natalista*, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido. (...) Esta já vinha sendo a tendência jurisprudencial e doutrinária brasileira, porque não haveria como atender ao preceito constitucional do fundamental direito à vida, à saúde, à alimentação, quando todas estas necessidades coincidem com a concepção e não só depois do nascimento com vida do nascituro.⁹⁶

Maria Berenice Dias, apesar de reconhecer os “alimentos gravídicos” como direito da gestante em razão das despesas decorrentes da gravidez, afirma que o nascituro também é titular do direito a alimentos em função da garantia conferida pelo artigo 2º do Código Civil.⁹⁷

O artigo 1.779, *caput* e Parágrafo Único, do Código Civil é outro dispositivo que faz referência ao nascituro, atribuindo-lhe curador quando o pai falece e a gestante não tem a capacidade jurídica para o exercício do poder familiar.

Diante dessa hipótese, denominada *curador ao ventre*, se a gestante estiver interdita, segundo os termos do artigo 1.767 do Código Civil, seu curador será o mesmo do nascituro. Portanto, se aquele que exerce a curatela é a figura incumbida de zelar por um sujeito de direito incapaz de defender seus próprios interesses, é evidente que o nascituro já é reconhecido como sujeito de direitos.

Silmara Chinelato, em comentário à norma que prescreve a extensão da autoridade do curador à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado – que consta atualmente no artigo 1.778 do Código Civil – conclui no sentido de que houve uma equiparação do *status* de filho em relação ao nascituro e que tal paridade independe de seu nascimento com vida:

as despesas proporcionais aos seus próprios recursos.” LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4ª edição: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010, São Paulo: Editora Saraiva 2011, p.383.

⁹⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p.921.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp.583-588.

Mencionado dispositivo, que expressamente considera o concebido como *pessoa* e o equipara ao filho nascido, a nosso ver demonstra inequivocamente que o *status* de filho é-lhe atribuído desde a concepção e independentemente do nascimento com vida. Reitera, ainda, a paridade do filho nascido com o nascituro, observando a tradição romanística.⁹⁸

No que diz respeito aos direitos do nascituro no plano sucessório, mais especificamente quanto à ordem de vocação hereditária, os três dispositivos abaixo do Código Civil são de grande importância:

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art.1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I – os filhos, ainda não concebidos, das pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Art.1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

Parágrafo 4º Se, decorridos 2 (dois) anos após a abertura da sucessão, não for *concebido o herdeiro* esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. (itálico nosso)

O artigo 1.798 prescreve que as pessoas já *concebidas* no momento da abertura da sucessão estão legitimadas a suceder, separando-as das que nasceram com vida.

O artigo 1.799 prevê que os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao tempo da abertura da sucessão, também são chamados a suceder. Tal dispositivo aparentemente não tem relação direta com o tema dos direitos do nascituro, tendo em vista que se refere a fato anterior à concepção. No entanto, a melhor compreensão desse dispositivo ocorre pela leitura do Parágrafo 4º do artigo 1.800, o qual afirma que se, após dois anos da abertura da sucessão, o herdeiro esperado não for concebido, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição testamentária em contrário. Dessa forma, os requisitos para a capacidade sucessória do testamentário ainda não nascido são as seguintes:

1º) a pessoa cuja prole eventual figura como testamentário esteja viva no momento da abertura da sucessão;

2º) o testamentário seja concebido dentro de dois anos depois de aberta a sucessão. Entende-se, portanto, *a contrario sensu* que, se no decurso desse prazo de dois anos houver a concepção do testamentário, ele estará desde já legitimado a suceder.

⁹⁸ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p.229.

A assunção dos direitos patrimoniais decorrentes da sucessão ocorrem apenas a partir do nascimento com vida. A capacitação sucessória, entretanto, se adquire desde o momento da concepção do herdeiro, termo *a quo* estabelecido pelo Código.

Segundo entendimento de Silmara Chinelatto⁹⁹, a norma que confere capacidade sucessória ao nascituro atribui a ele o direito à herança sob condição resolutiva do nascimento sem vida, ou seja, o direito só cessa de existir na hipótese de que o nascituro não nasça com vida. Essa interpretação condiz com a teoria concepcionista.

Se há legitimidade sucessória de pessoas concebidas, se o nascituro pode figurar como donatário, pode ser reconhecido como filho e ser beneficiário ou mesmo titular do direito a alimentos, como consectário lógico o direito à vida está assegurado a ele, sob pena de ineficácia prévia de todos os direitos anteriores

Clóvis Beviláqua já reconhecia, ainda na vigência do Código Civil de 1916, que o nascituro era sujeito de direitos:

Em todos esses casos (*punição do aborto*, curatela ao *ventre*, reconhecimento de filhos naturais apenas concebidos, etc) o *direito penal* e o civil tratam o ser humano com *direito à vida*... como portador de direitos, ... como possuidor, como curatelado... e por fim como capaz de determinado estado.¹⁰⁰

Não faria sentido que o artigo 2º do Código Civil atual – da mesma forma que o artigo 4º do Código Civil anterior –, ao prescrever que a Lei põe a salvo, *desde a concepção*, os direitos do nascituro, tenha excepcionado justamente o mais fundamental deles, que é o direito à vida. A garantia de direitos existenciais ao nascituro depende de que sua vida seja tutelada pelo ordenamento jurídico.

O reconhecimento do *infans conceptus* como ser humano vivo dotado de direitos existenciais é a prova de que ele não é mero objeto, mas sujeito de direitos, cuja tutela enestá resguardada nos âmbitos constitucional, civil e penal.

⁹⁹ CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, pp.235-236.

¹⁰⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.201.

2.4. NORMAS DE DIREITO PENAL

O Direito Penal é ramo da ciência jurídica que tem como objetivo fundamental promover a pacificação das relações sociais no sentido de conferir proteção aos bens jurídicos de mais alto valor para a sociedade. A tutela penal ocorre quando da insuficiência de atuação das demais áreas jurídicas em evitar ameaça ou lesão a esses bens. Paulo Vinícius Spordeler afirma:

O Direito Penal cumpre uma função primordial no ordenamento jurídico, de proteger a paz social e as condições mínimas indispensáveis para a convivência do ser humano em sociedade e, por isso, é o meio de controle social mais extremo no ordenamento jurídico. (...) a doutrina praticamente unânime entende que o seu objetivo principal é a proteção de valores fundamentais da ordem social; isto é, a salvaguarda de bens jurídicos vitais para a vida em sociedade.¹⁰¹

O bem jurídico de mais alta hierarquia jurídica é a vida que está relacionada intimamente ao supraprincípio da dignidade humana. No Brasil, o reconhecimento conferido na esfera criminal a esse direito ocorre pelo fato de que os crimes contra a vida estão elencados nos primeiros dispositivos da Parte Especial do Código Penal. Os delitos ali previstos são o homicídio, o infanticídio, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e o aborto. Esse último tem como escopo a proteção do direito à vida intrauterina.

O Código Penal brasileiro tipifica o aborto entre os artigos 124 e 128. O primeiro dispositivo trata do aborto provocado pela gestante ou por consentir que terceira pessoa lho provoque. O artigo 125 tipifica o crime de aborto sem que haja o consentimento da gestante. O artigo 126 criminaliza o aborto realizado com o consentimento da gestante. Nos casos em que o crime é provocado por terceiro, o artigo 127 do Código Penal prevê aumento de um terço nas penas se a gestante vier a sofrer lesão corporal grave em consequência do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo. Essas mesmas penas são aplicadas em dobro na hipótese em que, pelas mesmas causas, sobrevier a morte da gestante.

Nelson Hungria conceitua o aborto criminoso como “a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intrauterina.”¹⁰² Os quatro requisitos obrigatórios, portanto, são: o estado de gravidez; o dolo; o emprego dos meios dirigidos à provocação do aborto; a morte do nascituro.

¹⁰¹ SPORDELER DE SOUZA, Paulo Vinícius. *A Criminalidade Genética*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.70.

¹⁰² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: Volume V (Arts. 121 a 136)*. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1942, p.251.

O artigo 128 do Código Penal prevê os únicos casos em que o aborto não é punido:

Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico:
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.

Com relação à natureza jurídica dessas dirimentes, há divisão doutrinária. Magalhães Noronha¹⁰³, seguindo a literalidade do dispositivo, afirma que seria causa pessoal de exclusão de pena, mantido, portanto, o caráter típico e antijurídico do comportamento. Doutrina majoritária, no entanto, sustenta que a natureza jurídica da dirimente é de causa excludente da ilicitude, tendo em vista que “haveria causa especial de exclusão de pena somente se o Código Penal dissesse ‘não se pune o médico’”. Segundo esse entendimento, ambos os incisos do artigo 128 tratam do estado de necessidade. O Código Penal, entretanto, menciona ‘não se pune o aborto’¹⁰⁴

Deve-se destacar, no bojo dessa discussão doutrinária, que o próprio Código utiliza a expressão “não se pune”, termo diferente daquele empregado na Parte Geral, no artigo 23, que trata propriamente das causas excludentes da ilicitude, cuja expressão é “não há crime”. Logo, a interpretação segundo a qual há apenas exclusão da punibilidade dos crimes de aborto nos casos previstos no artigo 128 do Código Penal, mantendo-se o caráter ilícito da conduta, é a mais acertada.

É necessário tecer alguns comentários em relação ao inciso II do artigo 128 do Código Penal, que trata do denominado *aborto sentimental ou piedoso*, praticado nos casos de gravidez resultante de estupro, desde que precedido do consentimento da gestante ou, quando ela for incapaz, de seu representante legal.

Antes do ano de 1998, a regulamentação desse dispositivo em protocolos internos de clínicas de aborto considerado legal previa prazo de 12 semanas para a realização do procedimento abortivo e prescrevia a necessidade de exame de corpo de delito. Em 1998, o Ministério da Saúde expede a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes¹⁰⁵, e prevê aumento de prazo

¹⁰³ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal – Volume 2*. 24ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p.58.

¹⁰⁴ NORONHA, Magalhães. *Direito Penal – Volume 2*. 24ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p.128.

¹⁰⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: Norma Técnica*, Brasília/DF, 1ª edição, 1998. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/c145r92oz79gi30fssc1/3-norma-tecnica-jose-serra-versao-1998.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 17:00.

de realização do aborto para 20 semanas, exigindo a apresentação somente de Boletim de Ocorrência.

A Portaria nº 1.508¹⁰⁶, de 01º de Setembro de 2005, do Ministério da Saúde, derroga a normatização anterior, e “dispõe sobre o procedimento de justificação e interrupção da gravidez nos casos previstos em Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”. Torna desnecessária a exigência de exame de corpo de delito e mesmo de Boletim de Ocorrência ou qualquer documento material comprobatório ou indicativo do estupro, bastando a palavra da gestante ou de seu representante legal, recebida com presunção de veracidade, e a investigação pessoal por parte do próprio médico que realizará a intervenção abortiva. O documento, diferentemente das normatizações anteriores, não estabelece qualquer prazo máximo – nem de doze nem de vinte semanas – para essa espécie de aborto, presumindo-se, portanto, que o procedimento pode ocorrer legitimamente em qualquer fase do ciclo gestacional, até mesmo ao final, como na 38ª semana de gestação, fase em que o nascituro encontra-se praticamente formado para nascer.

De acordo com a Portaria nº 1.508, ainda em vigor, o procedimento de justificação e autorização de interrupção da gravidez passa por quatro fases: 1º) assinatura de Termo de Relato Circunstanciado pela gestante ou, quando esta for incapaz, também por seu representante legal; 2º) parecer técnico emitido pelo médico, após a realização de exames, se houver; 3º) assinatura de Termo de Responsabilidade pela gestante – ou também pelo representante legal se esta for incapaz – com advertência sobre crime de falsidade ideológica e de aborto; 4º) assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. No decorrer dessas fases, os indícios de prova do estupro, se houver, terão de ser analisados pelo médico ou por equipe médica.

Ambas as normatizações infralegais parecem se justificar tendo em vista o alto número de mulheres vítimas de estupro no Brasil e levando-se em consideração que um percentual pequeno delas tem coragem de denunciar esse ato, pois muitos desses crimes ocorrem no próprio contexto familiar.¹⁰⁷ De acordo exclusivamente com esse ponto de vista, a dignidade sexual da mulher estaria melhor protegida caso o *aborto sentimental* fosse realizado sem a necessidade de exame de corpo de delito ou Boletim de Ocorrência e sem a exigência de prazo máximo. No entanto, deve-se considerar a necessidade de ponderação

¹⁰⁶ Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 17:30.

¹⁰⁷ De acordo com site do Senado Federal, de acordo com estudo divulgado pelo Banco Mundial, há ao menos 130 mulheres estupradas por dia no Brasil. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/05/30/a-cada-11-minutos-uma-mulher-e-estuprada-no-brasil-alerta-simone-tebet>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 18:00.

entre os direitos – e os valores que lhes são inerentes –, e que a vida do nascituro, mesmo gerado em ato de violência sexual, permanece sendo um bem jurídico reconhecido pelo ordenamento. Dessa forma, a ausência total de prazo para o aborto e a não exigência de qualquer indício material de prova para análise pelos órgãos incumbidos da função investigatória acabam por gerar não apenas uma relativização do direito à vida do nascituro, mas podem ensejar também o percurso de uma impunidade em relação ao estupro, tendo em vista que a gestante que realiza o aborto pode renunciar mais facilmente a relatar o delito às autoridades investigatórias.

Outro ponto a ser destacado no que se refere ao *aborto sentimental* é o fato de que, no caso em que a gestante é incapaz, a decisão encontra-se nas mãos de seu representante legal, podendo este ser seus pais ou seu tutor ou curador. A incapacidade é definida pelos artigos 3º e 4º do Código Civil, com a atual redação conferida pela Lei nº 13.146/15:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Parágrafo Único: A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

A incapacidade, de modo geral, é determinada pela idade, por causa que impeça a pessoa de exprimir sua vontade ou por fator de vício ou prodigalidade que macule a expressão volitiva. Diante disso, podem ocorrer situações críticas no que se refere à possibilidade de decisão sobre o aborto por parte dos representantes legais.

Um cenário no qual ocorre problema é a aplicação do artigo 217-A, *caput* e Parágrafo 1º, que tipifica estupro de vulnerável como “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não tenha o necessário discernimento para a prática do ato”. Desse modo, mesmo que haja o consentimento do vulnerável na prática do ato sexual, este será, em qualquer caso, considerado estupro de vulnerável. Diante da hipótese de um casal de namorados em que ambos, com menos de 14 anos de idade, tenham mantido conjunção carnal e, de tal relação, tenha resultado gravidez, o estupro de vulnerável estará caracterizado, abrindo-se, portanto, a oportunidade para que o representante legal da gestante decida pelo aborto. O pai, a mãe ou o tutor da gestante poderão agir, dessa forma, mesmo diante da expressa discordância desta. Caberá ao médico apenas acatar tal decisão.

Mesmo diante de uma situação em que a gestante, menor de dezoito anos, que foi vítima de estupro mas que tenha feito a opção pessoal por levar adiante a gravidez, a decisão do representante legal prevalecerá, de acordo com a literalidade da Lei.

Com esses apontamentos sobre o *aborto sentimental*, não se nega nem a dignidade sexual da gestante nem o direito à vida do nascituro. A busca por soluções que envolvam a não realização do aborto é um dever que se coloca em pauta não apenas aos profissionais das diversas áreas que lidam com os cuidados à gestante e ao nascituro como também aos legisladores e aplicadores do direito. Algumas dessas possíveis soluções para os problemas apontados que dizem respeito ao aborto em caso de estupro serão analisadas no Capítulo final.

Apesar de o Código Penal prever em regra o aborto como crime, existem diversos projetos de Lei na Câmara dos Deputados que propugnam pela legalização dessa prática. Um dos exemplos mais recentes é o PLC n° 882/2015¹⁰⁸, que prevê o “direito” de abortar livremente durante as primeiras 12 semanas de gestação, utilizando-se para tanto das redes hospitalares do Serviço Único de Saúde ou de hospitais privados (artigo 10). Prescreve ainda a legalidade do aborto a qualquer tempo nos casos envolvendo risco à *saúde* da mulher, comprovado clinicamente – não se trata do risco de morte, previsto no artigo 128, inciso III, do Código Penal – e nos casos de incompatibilidade ou inviabilidade do feto com a vida extrauterina, comprovado clinicamente (artigo 11, incisos III e IV). Não explica, entretanto, o que considera por *inviável* ou *incompatível*.

O argumento da necessidade de expansão dos direitos sexuais e reprodutivos pode ser usado como um dos principais instrumentos para a legalização progressiva do aborto e a concomitante relativização do direito à vida e à dignidade do nascituro.

Esse fato, somado ao amplo progresso tecnológico da biomedicina e da engenharia genética, que tem proporcionando concomitante desenvolvimento dos mecanismos de biopoder, torna-se capaz de utilizar a vida humana desde seus estágios iniciais como mero objeto para o alcance de fins e utilidades externas, sem considerar sua dignidade intrínseca. Isso não pode passar ao largo da análise penal.

Os mecanismos de domínio sobre a vida humana não se referem apenas ao nascituro localizado no ventre materno. O desenvolvimento biotecnológico tem proporcionado situações em que a origem do processo vital pode ocorrer por meios artificiais, como é o caso da reprodução assistida. É necessário, portanto, que o Direito Penal acompanhe

108

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C56824CB4454464AC52EBAB995337599.proposicoesWeb1?codteor=1313158&filename=PL+882/2015. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 19:00.

a evolução biotecnológica sem descurar da tutela à dignidade e à vida humana – valores assumidos constitucionalmente – os quais, conforme visto, surgem desde o momento da concepção.

A presença dessas novas tecnologias biomédicas, apesar dos benefícios capazes de trazer, como por exemplo, o aumento do controle de doenças desde estágios anteriores ao nascimento, podem também servir, por outro lado, como instrumentos eficazes para a busca de um “aperfeiçoamento artificial” do ser humano e para o descarte fácil daqueles que não se enquadram nos padrões pré-fixados. A possibilidade de retorno à eugenia – fenômeno que se pode ser denominado *neoeugenia* – está presente. Paulo Vinícius Spordeler esclarece melhor sobre esse fenômeno da atualidade:

O termo eugenia foi tradicionalmente entendido como “a aplicação das leis biológicas da herança para o aperfeiçoamento da espécie humana”. (...) Na atualidade, e à luz das novas técnicas de biologia molecular – aliadas às de reprodução assistida – pode-se entender, mais especificamente, que **a eugenia positiva intenta o melhoramento da espécie humana**, seja eliminando os caracteres genéticos indesejáveis, seja alterando-os, selecionando-os ou reproduzindo-os.

Distingue-se da **eugenia negativa**; eis que esta, ao contrário, **serve apenas para evitar ou prevenir a extensão de fatores genéticos danosos**, seja através da substituição de um gene defeituoso; **seja mediante a eliminação física de seus portadores (aborto eugênico, homicídio do recém-nascido...)**, ou para evitar que eles sejam engendrados em uniões procriativas de alto risco (controle de natalidade, esterilização, conselho genético...).¹⁰⁹ (os negritos não constam no original).

A eugenia positiva, centrada em ações que sirvam a um “melhoramento” direto da espécie, e a eugenia negativa, que busca prevenir ou eliminar os “defeitos” genéticos que causem prejuízo ou inviabilizem o alcance do padrão de perfeição estabelecido, são fatores a ser analisados por parte dos juristas em geral e dos criminalistas em particular a fim de verificar quais os mecanismos possíveis para a garantia da dignidade e dos direitos do nascituro.

Para que se compreenda a que ponto é possível chegar, cabe uma pequena digressão. Günther Jakobs consagrou a famosa distinção entre “direito penal do cidadão” e “direito penal do inimigo”, sustentando que o primeiro é baseado no princípio da *contradição* – ou seja, o delinquente com *status* de cidadão, tem a seu favor todo o sistema de garantias constitucionais e processuais – enquanto o segundo tem por função a *eliminação de um perigo* para a sociedade – em relação àqueles delinquentes que não têm o estatuto de cidadania reconhecido e que representam uma forte ameaça para a ordem social. O *inimigo*, nesse

¹⁰⁹ SPORDELER DE SOUZA, Paulo Vinícius. *A Criminalidade Genética*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.57.

sentido, é definido segundo o critério daquilo que é preciso combater, como atos de terrorismo, genocídio, crimes de guerra etc. Conforme afirma Jakobs: “*O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é o daqueles que o constituem contra o inimigo (...). O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (...) combate perigos.*”¹¹⁰ O *inimigo* é acusado e condenado sem ser reconhecido como pessoa pela sociedade e pelo direito.

Essa mesma distinção poderia ser feita no âmbito da criminalidade genética, mas, dessa vez, o *inimigo* em questão, que representa algum “perigo”, não é o criminoso, o condenado ou aquele que sofre a aplicação de medida de segurança, mas o próprio nascituro, desde que ele não corresponda aos padrões de perfeição desejados ou apresente alguma deficiência que tenha de ser eliminada por meio de sua morte. Caso os paradigmas utilitaristas eugênicos voltem a assumir papel de protagonismo nas esferas da biomedicina e da engenharia genética, isso pode se tornar realidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não ficou alheio a essa questão do desenvolvimento biogenético e suas consequências para a vida humana. O legislador pátrio promulgou a Lei nº 11.105/05, sobre biossegurança e tratamento de organismos geneticamente modificados. Nos seus artigos 24 a 29, estabelece os crimes e as penas correspondentes quanto a esse tema específico. Nesse âmbito, veda criminalmente, dentre outras práticas, a realização de engenharia genética em célula germinal, zigoto ou embrião, a clonagem humana e a utilização de embrião humano em desacordo com o artigo 5º dessa Lei. Esses mecanismos protetivos, no entanto, são insuficientes para uma tutela efetiva da vida desde a concepção. Isso será analisado mais detalhadamente nos próximos tópicos, sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.

2.5. PRECEDENTES ATUAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Serão colocados os precedentes mais recentes relativos à proteção da vida humana antes do nascimento, quais sejam: 1º) a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que confere o direito, obedecidos certos requisitos, de utilizar embriões humanos para pesquisas científicas e terapêuticas; 2º) a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a

¹¹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Organização e Tradução: André Luiz Callegari e Nereu José Giacomilli, 6ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012, pp.28-29.

denominada *interrupção da gravidez* de feto anencefálico constitui fato típico e antijurídico de aborto. Antes, porém, de proceder à análise das decisões do STF, é necessário perscrutar o horizonte mais geral sobre tais assuntos – conjugados aos ensinamentos abordados nos capítulos anteriores – a fim de que o contexto argumentativo e os fundamentos de cada decisão possam ser melhor compreendidos e analisados.

As decisões do Supremo Tribunal Federal serão abordadas como precedentes por apresentarem caráter vinculante em vista de terem sido emanadas de controle concentrado de constitucionalidade.¹¹¹

2.5.1. Os embriões excedentários

Um dos temas mais discutidos no plano da bioética e do biodireito é a questão atinente à fertilização de embriões humanos *in vitro*, ou seja, em laboratório. Levando em consideração o prognóstico de que eles fiquem congelados por tempo excessivo de tal modo que venham a morrer, pergunta-se: tais embriões poderiam servir como células-tronco para pesquisas médicas e terapêuticas?

A resposta a essa indagação necessita que se compreenda em que consistem as células-tronco dos embriões humanos:

As células-tronco embrionárias humanas (...) são conceituadas como aquelas existentes no embrião nos seus primeiros cinco a sete dias de existência, fase em que o embrião recebe a designação de blastocisto. Para a obtenção dessas células o embrião é morto, é destruído. E são essas células que são pesquisadas sob o nome de “células-tronco embrionárias.”¹¹²

A compreensão acerca das células-tronco embrionárias e seu surgimento enseja o questionamento sobre a legitimidade de sua utilização para fins de pesquisas científicas e terapias.

¹¹¹ A diferença entre precedente e jurisprudência é enfatizado na seguinte passagem: “(...) o precedente é uma decisão judicial que pode servir de modelo ou paradigma para decisões futuras, desde que emanado de um poder dotado de autoridade competente e vinculante; ao passo que a jurisprudência se constitui como um conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre determinada matéria e aplicáveis a casos análogos, podendo ou não ter caráter vinculante.”

TEIXEIRA, Carla Noura; DOMINGUES, Elaine Cristina Pardi; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Os precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil*. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. (coord). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, um enigma a ser decifrado: Percepções cognitivas na interpretação da norma*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2016, p.184.

¹¹² JÚNIOR, Paulo Silveira Martins Leão. *O Direito Fundamental à Vida dos Embriões e Anencéfalos*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.230.

Analisadas as razões pelas quais o ciclo vital tem início no momento da concepção, tais pressupostos tem profunda relação com o questionamento quanto à legitimidade do uso de células-tronco embrionárias. A fim de que haja menor repetição possível de teses já rebatidas no Capítulo anterior, será realizada uma divisão em dois grupos argumentativos que se referem mais especificamente ao tema do embrião humano.

Os argumentos comumente utilizados para defender a legitimidade do uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia são os seguintes:

1º) As pessoas naturais ou físicas são aquelas que têm o potencial de nascer com vida, o que não poderia ocorrer com o embrião excedentário, pois este não tem condições de ser implantado no útero para que possa se desenvolver.

2º) Mesmo nos países em que o aborto é crime, como no Brasil, a utilização de embriões como células-tronco para fins de pesquisa não se subsumiria à tipificação legal, tendo em vista que o aborto é classificado como a eliminação voluntária da **vida humana intrauterina**, e o embrião excedentário encontra-se fora do útero.

3º) A definição médica e legal da morte como a cessação da atividade encefálica permite, pela argumentação *a contrario sensu*, que se compreenda o início da vida humana apenas a partir do momento em que surgem os primeiros resquícios dessa atividade, o que não existe no embrião, portanto, ele não possui vida.

4º) Não é legítimo ou lícito obrigar a pessoa ou o casal que se decidiu pela implantação em laboratório a aproveitar todos os embriões.

5º) Diante da inevitabilidade da morte de muitos desses embriões, seria preferível utilizá-los em vista de algum bem, ou seja, aproveitá-las para pesquisas terapêuticas a fim de possibilitar a cura de doenças ou anomalias graves.

Para os que respondem negativamente à legitimidade do uso científico ou terapêutico de embriões humanos, argumenta-se:

1º) Existe reconhecimento científico da existência de vida humana desde a concepção, momento do início do ciclo vital, e cabe ao ordenamento jurídico observar esse dado da realidade e respeitar o direito à vida, inclusive nessa primeira fase embrionária.

2º) O *status* de ser humano permanece o mesmo diante do fato de o embrião não se encontrar no ventre materno, pois não é o local (*locus*) que determina sua condição de ser vivo, mas o fenômeno da concepção que dá início ao ciclo vital.

3º) O surgimento da atividade encefálica só ocorre no decurso do ciclo vital, não sendo cabível postergar arbitrariamente a proteção à vida humana para depois da formação do encéfalo.

4º) Existe comprovação de eficiência médica e científica apenas na utilização de células-tronco adultas e nenhuma prova quanto à eficiência de células-tronco embrionárias, tendo em vista que mais de 20 mil pessoas já foram beneficiadas com a cura de doenças degenerativas pelo uso das primeiras enquanto que não há comprovação de cura quanto ao uso das últimas.

5º) Não existem Protocolos Médicos que autorizem pesquisas científicas com células-tronco geradas de embriões humanos em razão do alto risco de rejeição e de geração das chamadas “teratonas”. Não há exemplo de vida humana ou mesmo animal que tenha sido salva pelas células-tronco embrionárias, pois segundo a expressão da médica e especialista Alice Teixeira Ferreira “*elas viverão como câncer num camundongo*.”¹¹³

No que se refere aos dois últimos argumentos acima, referentes à inexistência de eficácia do uso terapêutico das células embrionárias, a ratificação científica encontra-se na seguinte passagem:

(...) quando destruído o embrião e levadas essas células para uma cultura em laboratório não se consegue a obtenção de células de todos os órgãos e tecidos, mas tão somente de alguns órgãos e tecidos e com graves limitações. Isso é reconhecido pelos próprios pesquisadores que manipulam essas células tronco embrionárias humanas, devendo ainda ser esclarecido se a obtenção dessas células “diferenciadas”, a partir de células tronco embrionárias humanas, estariam ou não inseridas em formação de teratonas e tumores embrionários, quando há produção anárquica de variados tecidos. (...) as células “diferenciadas”, obtidas de células tronco embrionárias humanas não podem ser utilizadas para fins de terapia sob pena de graves riscos para os pacientes. (...) Não existe, no mundo, qualquer relato de cura ou terapia com células tronco embrionárias humanas, após mais de 10 anos de pesquisas realizadas em vários países desenvolvidos. (...) Isso afasta as principais críticas dos que pretendem usar células tronco embrionárias humanas em razão de supostas limitações nas utilizações de células tronco adultas, que proliferam adequadamente.¹¹⁴

A utilização de células-tronco adultas para pesquisas científicas e terapias não enseja a destruição da vida humana e ainda possui comprovada eficiência terapêutica em relação aos pacientes com doenças degenerativas, enquanto que o uso das células-tronco embrionárias provoca a morte de embriões humanos sem comprovação de eficiência médica

¹¹³ Disponível em: <http://blog.cancaonova.com/felipeaquino/2008/05/23/a-verdade-sobre-as-celulas-embrionarias>. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 15:00.

¹¹⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito fundamental à vida*. 1ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, pp.230 e 232.

ou terapêutica nos pacientes. Considere-se ainda o desencadeamento de todos os efeitos colaterais que podem resultar do uso terapêutico das células-tronco de embriões humanos, podendo acarretar graves riscos para pessoas com doenças degenerativas em que essas células seriam implantadas, conforme constatação científica.

Outro ponto essencial é o que se relaciona à raiz bioética e, conseqüentemente, jurídica do problema, ou seja, a questão acerca da legitimidade das reproduções artificiais em laboratório.

O incentivo da pesquisa e utilização de células tronco embrionárias leva, tal como leciona Lilian Piñero Eça, ao incentivo ao comércio ilegal de fetos humanos, à coisificação do homem, que transforma o embrião em cobaia humana, à comercialização de órgãos e partes do corpo humano, gerando por conseguinte um total desrespeito à vida humana, em todas as suas fases e potencialidades, ferindo os princípios e ideais da bioética.

O grande questionamento bioético do tema centra-se na viabilidade de utilização dessas células em virtude da aniquilação do embrião. Perguntamo-nos, então, se o progresso científico poderia se sobrepor aos preceitos éticos, morais ou mesmo religiosos da população.¹¹⁵

A fertilização *in vitro* deve ser considerada também sob o prisma dos demais prejuízos causados ao embrião, mesmo que ele seja implantado no útero.¹¹⁶

2.5.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510

Em 2005, é promulgada a Lei n. 11.105, versando sobre Biossegurança. Ela visa regulamentar o artigo 225, Parágrafo 1º, da Constituição Federal ao estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvem organismos geneticamente modificados, dentre outras disposições.

Em seu artigo 5º e incisos, estabelece as condições necessárias à utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa:

¹¹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p.242.

¹¹⁶ A *Encíclica Evangelium Vitae* reflete sobre os efeitos colaterais causados pelo mal uso das técnicas de reprodução artificial: “(...) as várias técnicas de reprodução artificial, que pareceriam estar a serviço da vida e que, não raro, são praticadas com essa intenção, na verdade abrem as portas a novos atentados contra a vida. (...) essas técnicas registram altas percentagens de insucesso: isso diz respeito não tanto à fecundação como sobretudo ao desenvolvimento sucessivo do embrião, sujeito ao risco de morte em tempos geralmente muito breves. (...) Os diagnósticos pré-natais, que não apresentam dificuldades morais quando feitos para individuar a eventualidade de curas necessárias à criança ainda no seio materno, tornam-se, com muita frequência, ocasião para propor e solicitar o aborto. É o aborto eugênico, cuja legitimação, na opinião pública, nasce de uma mentalidade – julgada, erradamente, coerente com as exigências terapêuticas – que acolhe a vida apenas sob certas condições, e que recusa a limitação, a deficiência, a enfermidade.” (item 14). JOÃO PAULO II, Papa. *Carta Encíclica Evangelium Vitae* (Sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana). 7ª edição, São Paulo: Paulinas, 2011, p.23.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados a 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, depois de completarem os 3 (três) anos contados a partir da data do congelamento.

Parágrafo 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

Parágrafo 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Parágrafo 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Os requisitos exigidos para que os embriões humanos possam servir para pesquisas e terapias são basicamente:

- a) que sejam inviáveis ou que estejam congelados por período superior a três anos a contar do congelamento ou da publicação da respectiva Lei;
- b) que haja consentimento por parte dos genitores.

A Lei, no entanto, não explica o significado do termo “inviáveis” nem o porquê de ter determinado o prazo de três anos para que os embriões congelados possam ser utilizados para fins de pesquisa e terapia. Não se baseou em qualquer certeza científica de que, após esse prazo, os embriões se tornem necessariamente inviáveis.

O dispositivo foi objeto de discussão quanto à constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, proposta pelo Procurador Geral da República, que pugnou pela inconstitucionalidade do artigo 5º da referida Lei com base nos artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput*, ambos da Constituição Federal.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto, no entanto, firmou posicionamento no sentido contrário ao do Procurador Geral da República e defendeu a tese da constitucionalidade do dispositivo da Lei de Biossegurança. O Relator, cujo voto saiu vencedor por apertada maioria de 6 a 5, afirmou todas as argumentações mencionadas no item anterior favoráveis à utilização de células-tronco embrionárias. Apesar de reconhecer a humanidade do embrião, nega seu caráter de pessoa, conforme o seguinte trecho da Ementa:

O Magno texto constitucional não dispõe sobre o início da vida humana nem o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria “natalista” em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a

“direitos da pessoa humana” e até a “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando em direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos distinguidos sobre o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. **A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica.** Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. **O embrião referido na Lei de Biossegurança (‘in vitro’ apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova**, porquanto lhe faltam as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. (...) O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.¹¹⁷ (os negritos não constam no original).

O Ministro Relator, portanto, reconhece que o embrião humano não é uma vida a caminho de outra, afirmando a unicidade da vida humana. Seu início, conforme também o reconhece, se dá no instante da fecundação: “30. (...) não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino.”¹¹⁸ No entanto, o Relator procurou diferenciar a vida humana da pessoalidade, negando ao embrião e ao feto o caráter de pessoa. Caberia objetar no sentido de que o Ministro não trouxe qualquer fundamento filosófico ou científico para impor tal diferenciação. Se essa diferença é baseada no fato, aduzido na Ementa, de que o embrião não possui as primeiras terminações nervosas, tal argumento já foi refutado no plano científico, pois não são as terminações nervosas que dão origem à vida do indivíduo, mas em seu próprio surgimento como indivíduo na concepção, ou seja, na fase de zigoto.

A própria Constituição Federal, no artigo 5º, *caput*, ao tratar sobre a inviolabilidade do direito à vida, não adotou previamente qualquer critério de discriminação que conduzisse a uma conclusão “natalista” em detrimento da “concepcionista” ou da “teoria da personalidade condicional”. Isso foi realizado na esfera infraconstitucional e de supralegalidade, na norma do Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 4º, item 1, que confere a todo ser humano o direito à vida desde a concepção, garantindo a ele a qualidade jurídica de sujeito de direito. A questão que se coloca, portanto, é se, mesmo diante de eventual constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança – caso fosse adotada

¹¹⁷ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 16:00.

¹¹⁸ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 16:00.

interpretação restritiva quanto ao conceito de “vida” –, esse dispositivo se harmoniza ao Pacto de San José da Costa Rica. Se o direito à vida é assegurado desde a concepção, o embrião utilizado como instrumento para pesquisas científicas e terapêuticas tem seu direito claramente violado. Em sua hierarquia de supralegalidade, reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal, o Pacto de San José tem o condão de paralisar a eficácia da Lei de Biossegurança.

Percebe-se que, ao buscar a integração sistemática e a harmonização das normas do ordenamento, não se sustenta a tese da utilização de embriões humanos para fins de pesquisa científica ou terapia.

Não é possível, entretanto, deixar de considerar a existência de embriões congelados que estejam efetivamente em condição de completa inviabilidade – característica a ser aferida em cada caso concreto. Nesse sentido, deve-se considerar também o valor conferido à pesquisa científica e a obrigatoriedade de incentivo a essa atividade por parte do Poder Público, conforme consta no artigo 218 da Constituição. A ponderação entre os valores e as normas constitucionais deve ser realizada.

Quanto ao julgamento da presente Ação Direta, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito proferiu Voto em que essa ponderação esteve presente. Houve, em primeiro lugar, o reconhecimento da existência de vida no embrião, de que a inviabilidade não pode ser pressuposta pelo congelamento do embrião a mais de três anos e de que há outros modos de extração de células-tronco embrionárias sem a destruição dessa vida.

O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferença ontológica entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não. (...) De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege. (...) Uma vez esclarecido que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição (...) há que se determinar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentam contra a vida do embrião. (...) **os embriões submetidos a congelamento são embriões com vida e não é o próprio congelamento que lhes retira essa condição, ainda que existam registros de queda nas taxas de nascimento. (...) Tampouco lhes retira essa condição o fato de estarem congelados a mais de três anos. (...) Sendo assim, conclui-se que os embriões a que se refere o inciso II do artigo 5º da Lei nº 11.105/05 são embriões com vida.** (...) A própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulta necessariamente em sua destruição. (...) Trata-se da extração de uma

única ou no máximo duas células (blastômeros) de um embrião com oito células através de uma punção celular. (os negritos não constam no original).¹¹⁹

A comprovação científica de que embriões congelados a mais de três anos podem ser viáveis e se desenvolver caso implantados no útero, conforme trecho abaixo:

Frozen-thawed embryos accounted for 39% (249 of 639) of live births from 931 consecutive first oocyte retrievals after median follow-up of 6.5 years with consistent use of pronuclear-stage freezing and cleavage-stage transfer. Survival after thaw was 95% (2,129 of 2,247). Implantation and live birth rates per individual frozen-thawed embryo transferred were 22% (431 of 1,937) and 18% (346 of 1,937), respectively.¹²⁰

O Ministro Menezes Direito analisou também a possibilidade de utilização de embriões comprovadamente inviáveis, ou seja, aqueles que, de acordo com o artigo 3º do Decreto nº 5.591/2005, apresentarem alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional e não tiverem a capacidade de se dividir, ou seja, de sofrer clivagem, por um período superior a vinte e quatro horas ou apresentarem alterações morfológicas que comprometam seu pleno desenvolvimento. Demonstrada, assim, a inviabilidade, as pesquisas científicas podem ser realizadas. De acordo com esses novos paradigmas que buscam a ponderação necessária entre os direitos previstos na Constituição, conclui:

De tudo que foi exposto até aqui, são duas as conclusões a que forçosamente se chega: (i) há uma urgente necessidade de controle da atividade das clínicas de reprodução assistida, especialmente no que se refere aos procedimentos de fertilização **in vitro** em geral e aos diagnósticos pré-implantacionais; e (ii) as pesquisas com células-tronco embrionárias são importantes e não merecem ser obstadas, observados os limites e controles e desde que não causem a destruição do embrião, vida humana protegida pela Constituição Federal.¹²¹

¹¹⁹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>, pp. 277, 282, 284 e 287. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 16:00.

¹²⁰ TUMMON, Ian S.; WENTWORTH, Mark A.; THORNHILL, Alan R. *Frozen-thawed embryo transfer and live birth: long-term follow-up after one oocyte retrieval*. In: *Fertility and Sterility*, Volume 86, Issue (Questão) 1, July 2006 (julho de 2006), pp.239-242. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028206005528>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, 15:00. Tradução: “**Embriões descongelados correspondem a 39% (249 de 639) dos nascidos vivos de 931 primeiros oócitos consecutivos recuperados depois do acompanhamento médio de 6,5 anos com uso consistente do congelamento no estágio pró-nuclear e a transferência no estágio de clivagem. A sobrevivência após o descongelamento foi de 95% (2.129 de 2.247). A implantação e a taxa de nascidos vivos por embriões descongelados individuais transferidos foi de 22% (431 de 1.937) e 18% (346 de 1.937), respectivamente.**”

¹²¹ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>, p.300. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 16:00.

O Ministro Menezes Direito decidiu, portanto, pela procedência parcial da Ação para conferir interpretação conforme à Constituição sem redução de texto ao artigo 5º da Lei de Biossegurança. Foram cinco os pontos elencados:

- i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida das mulheres inférteis;
- ii) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem o ser desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;
- iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham seu potencial de desenvolvimento comprometido;
- iv) Par. 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado;
- v) Par. 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.¹²²

A decisão do Ministro, apesar de ser Voto vencido, é de grande importância para a sequência da discussão sobre a necessidade de uma normatização que garanta maior proteção ao embrião, tema que será abordado no último Capítulo.

Apesar da ponderação que deve ser realizada, o valor da vida humana em todos os seus estágios, prestigiada como direito fundamental, deve estar acima de outros fins que possam utilizá-la como instrumento. Por isso, a decisão majoritária proferida na ADI 3510 de liberar as pesquisas científicas e terapêuticas com embriões que podem se desenvolver caso implantados no útero peca por relativizar excessivamente a necessidade de tutela da vida em todas as suas fases.

2.5.3. O feto anencefálico

Uma das questões mais polêmicas que tem envolvido o tema do aborto é quanto à existência de vida no nascituro identificado como anencéfalo.

Deve-se, em primeiro lugar, compreender o que é o fenômeno da anencefalia:

¹²² Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510,pp.314-315>. Acesso em 04 de novembro de 2016, 17:00.

A anencefalia está enquadrada no que a Medicina define como Defeitos do Tubo Neural, entendidos como malformações congênitas, que se dividem em subespécies, quais sejam, a própria anencefalia, a encefalocele, a espinha bífida, a exencefalia e a iniencefalia. A incidência da anencefalia é de um em cada mil nascidos vivos, variando em razão da localização geográfica e da condição socioeconômica. (...) Sendo mais específica, a Medicina descreve a anencefalia e a espinha bífida como defeito aberto do tubo neural (DATN), que resulta de falha no fechamento do tubo neural ocorrendo até o 26º/28º dias de vida embrionária. A anencefalia <subespécie> caracteriza-se ainda pela ausência de calota craniana e hemisférios cerebrais rudimentares e ausentes, vindo a responder por cerca de metade dos casos de DATN.¹²³

A anencefalia é, portanto, em seu sentido amplo, um gênero que contém cinco espécies identificadas pela medicina. Não pode, pois, ser restringida a apenas uma espécie, a da anencefalia em sentido estrito ou da ausência completa do encéfalo, situação bastante rara segundo comprovação científica. Conforme o documento do Comitê Nacional para a Bioética da Presidência do Conselho de Ministros da República da Itália, essas espécies de malformação do tubo neural surgem a partir do 16º ao 26º dias de gestação, sendo característica a variabilidade de casos que envolve a anencefalia: “A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso, constituído de tecido exposto degenerado.”¹²⁴

Quanto ao questionamento da existência de vida no nascituro que apresenta essa malformação, apresenta-se a resposta peremptória de um profissional da embriologia, Dalton Luiz de Paula Ramos:

Não, não estão mortos! Os quadros de anencefalia podem variar em grau. Alguns apresentam maior comprometimento de estruturas neurológicas, outros menos. Não se deve pensar que essa malformação tenha uma única característica ou seja rigorosamente definível. Entre os recém-nascidos anencéfalos nascem vivos 2 de cada 3 casos. Desses nascidos vivos cerca de 98% morrem ainda na primeira semana. Cerca de 1% sobrevive até três meses; existem relatos na literatura científica de crianças que sobreviveram até um ano sem o auxílio de respiração artificial.¹²⁵

Esse é o primeiro passo para a resposta afirmativa quanto à questão de existir compatibilidade entre a anencefalia e a vida humana. Em vista disso, outra pergunta que surge

¹²³ FREITAS, Patrícia Marques. *Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Ícone Editora, 1ª edição, 2011, p.70. apud: ZUGAIB, Marcelo; LIAO, Adolfo Wenjaw; BRIZOT, Maria de Lourdes; BURLACCHINI DE CARVALHO, Mário Henrique et.al. *Medicina Fetal*, 2ª edição, São Paulo: Editora Ateneu, 1997, pp.191 e 197-198.

¹²⁴ LEWIRE, R.J.; BECKWITH, J.B.; WARKANYS. *Anencephaly*. New York: Raven Press, 1978, p.40.

¹²⁵ CLEMENTE, Aleksandro. *A legalização do aborto no Brasil: uma questão de saúde pública?* São Paulo. Tese (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013, p.45.

é: qual a compatibilidade dessa espécie de malformação com a manutenção e o desenvolvimento do ciclo vital? Não haveria impossibilidade de nascimento com vida diante desses casos? Um grupo de cientistas, em artigo científico, busca responder a essa indagação:

A anencefalia é uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal que ocorre entre o 23º e o 28º dias de gestação resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo.(...) Um feto anencefálico a termo pode ser natimorto ou pode viver por algumas horas ou dias, estando os hemisférios cerebrais ausentes, dando uma aparência afundada à cabeça. (...) No entanto, apesar desta anomalia ser com frequência chamada de anencefalia (ausência do encéfalo), sempre está presente tecido neural funcional, levando assim a nomenclatura de meroanencefalia (ausência de parte do encéfalo).¹²⁶

Marília Andrade dos Santos, com fulcro na Resolução nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina, afirma: “Assim, o que se observa é que a anencefalia não se refere à lesão de todo o encéfalo, mas somente de uma de suas partes – mesmo que a maior e mais importante delas – o *cérebro*.”¹²⁷

O termo “anencefalia”, dessa forma, pode abranger tanto a ausência completa quanto a presença parcial do encéfalo, sendo nesse último caso mais tecnicamente denominada “meroanencefalia” ou “meroacrania”. Isso é confirmado pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologias e Obstetrícias (FEBRASGO), que afirma:

Anencefalia consiste em má-formação congênita caracterizada pela ausência total *ou parcial* do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação. Ocorre com maior frequências em fetos femininos, pois parece estar ligado ao cromossomo X.¹²⁸

Nesse âmbito de discussão, é importante mencionar que a medicina constatou casos em que a criança com anencefalia não apenas nasceu com vida, mas também sobreviveu por mais de um ano. Um dos casos mais famosos no Brasil, que retrata essa realidade, é o de Marcela de Jesus:

¹²⁶ ALBERTO, Myrian Vília Lança; GALDOS, Alvaro Carlos Riveros; MIGLINO, Maria Angélica; SANTOS, José Manoel dos. *Anencefalia: causas de uma malformação congênita*. São Paulo: trabalho realizado na Universidade de São Paulo (USP), Revista de Neurociência, 2010; 18(2), pp.244-248.

¹²⁷ SANTOS, Marília Andrade dos. *Anencefalia, aquisição de direitos e conceito de morte. (Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina)*, p.17.
Disponível em: <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/9720-9719-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2016, 16:00.

¹²⁸ NETO, Jorge Andalaf. *Anencefalia: Posição da Febrasgo*. Federação Brasileira das Associações de Ginecologias e Obstetrícia. Disponível em: http://www.bioeticaefecrista.me.br/testos/anecefalia_febrasgo. Acesso em: 23 de setembro de 2016, 18:00.

(...) diagnosticada como anencéfala por meio de uma ultrassonografia realizada no quarto mês da idade gestacional. (...) A possibilidade de respirar, bem como o funcionamento do coração e dos demais órgãos internos se deve ao tronco cerebral que se encontrava em perfeitas condições. Essa estrutura é a que faz a ligação da medula ao córtex cerebral e é responsável pelas funções vitais do recém-nascido. (...) Marcela viveu por um ano e oito meses, vindo a falecer por uma pneumonia provocada pela aspiração do leite que havia vomitado.¹²⁹

Quanto ao referido exemplo, o diagnóstico médico realizado durante a gestação havia sido de anencefalia de Marcela de Jesus. No entanto, constatou-se posteriormente uma evolução para a chamada “meroacrania”, cuja presença de rudimentos cerebrais é maior e possibilita tempo mais dilatado de vida para a criança. É importante esse destaque especialmente para salientar a possibilidade real de falha de diagnóstico médico quanto à gravidade do defeito no tubo neural, tendo em vista que o desenvolvimento do sistema nervoso central prossegue mesmo após a 16^a semana de gravidez. Outro dado relevante é de que a causa da morte de Marcela de Jesus, com um ano e oito meses, não teve relação direta com a meroacrania, pois, conforme relatado, a *causa mortis* foi pneumonia.

Houve caso comprovado de nascituro com anencefalia total que nasceu com vida e veio a falecer após três anos. É o caso de Nickolas Coke, do Estado norte-americano do Colorado. A criança apresentava apenas o tronco cerebral, sem o encéfalo.¹³⁰

Nos casos de anencefalia e meroanencefalia, portanto, o aborto voluntário direto, isto é, aquele provocado por ato de decisão humana, acarreta a cessação da vida do nascituro anencefálico. Isso, porém, não pode impedir que se deixe de analisar o sofrimento da mulher em sustentar até o final da gestação uma criança que terá um potencial de sobrevivência extrauterina provavelmente mais curto. Segundo o prisma da proteção à dignidade humana, o que se alega é a necessidade de tal atitude a fim de preservar sua saúde psíquica diante da situação trágica de ter que presenciar a morte de seu filho após o nascimento, dentro de minutos, horas, dias ou meses. Argumenta-se, portanto, que a proibição penal da *interrupção da gravidez* nos casos genéricos de aborto de feto anencefálico acarretaria um ato desumano equiparado à tortura em relação à gestante e um ferimento à sua dignidade. Mirian Cristina Generoso Ribeiro Crispin defende tal posicionamento, ao contemplar, antes do julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade da *interrupção da gravidez* nesses casos, as chances de uma decisão favorável ao nascituro por parte do Judiciário:

¹²⁹ FREITAS, Patrícia Marques. *Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988*. 1^a edição, São Paulo: Ícone Editora, 2011, p.70. Apud: ZUGAIB, Marcelo; LIAO, Adolfo Wenjaw; BRIZOT, Maria de Lourdes; BURLACCHINI DE CARVALHO, Mário Henrique et.al. *Medicina Fetal*, 2^a edição, São Paulo: Editora Ateneu, 1997, p.75.

¹³⁰ Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI323089-17729,00.html>. Acesso em: 14 de novembro de 2016.

Em boa hora, presta-se a cumprir o preceito fundamental do art. 1º da Carta Magna, respeitando a ‘dignidade da pessoa humana’, na medida em que assegura à gestante a liberdade de prosseguir ou interromper a gravidez na hipótese de anencefalia, bem utilizando a equidade para responder a uma necessidade social emergente. Resta também contemplada a imperiosa observância do inciso I do art. 5º da CF, não submetendo as gestantes, quando se deparam com o diagnóstico de anencefalia, a um tratamento cruel, desumano e degradante equiparado à tortura, como o que lhe é imposto com o dever de obter um alvará judicial autorizativo para interrupção da gestação, submetendo-se a toda delonga que assombra o judiciário brasileiro. Entende-se, pois, que, assim, está-se de fato realizando ‘Justiça’, pois estão em pauta questões referentes aos direitos humanos garantidores dos direitos fundamentais das gestantes, previstos pela própria Constituição e, por isso, não podem estar condicionados à edição de lei, eis que gozam de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, Par. 1º, da Lei Maior.¹³¹

Essa argumentação estaria plenamente correta caso se comprovasse a efetiva inexistência de vida no feto diagnosticado com anencefalia. A autora não considera, porém, os diversos graus em que essa deficiência pode se apresentar nem a possibilidade real de desenvolvimento do feto, de nascimento com vida e de prolongamento dessa vida humana sem que haja uma determinação exata do tempo de duração da existência extrauterina. Além disso, a única solução apontada pela autora a fim de preservar a dignidade da gestante seria a chamada “interrupção da gravidez”, ou seja, a morte do feto, mesmo sem questionar a existência dos prejuízos psicofísicos para a própria gestante decorrentes dessa prática.

A necessidade de ponderação de direitos, sem acarretar a desconsideração prévia de um deles, é premente, levando-se em conta a presença de um caso difícil (*hard case*) com valores de alta magnitude em conflito. A busca pela melhor solução possível – o que talvez não seja a ideal – deve ser a tentativa por parte dos legisladores e juristas. Dessa forma, cabe em primeiro lugar proceder à análise da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2.5.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, julgou procedente a Ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada pelos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal.

¹³¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, pp.273-274.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), representado pelo então advogado Luís Roberto Barroso, formalizou Arguição em 17 de junho de 2004, tendo como requerido o Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União. O Ministro Relator foi Marco Aurélio de Mello.

O Relator não admitiu, desde o início, a intervenção como *amicus curiae* (“amigo da corte”) da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), órgão que defenderia a posição contrária ao aborto de fetos anencefálicos. Essa decisão teve como fundamento a alegação de que o Brasil, por se constituir como Estado laico, encontra-se em posição de completa neutralidade diante de todas as religiões, não podendo favorecer qualquer das denominações existentes.

O argumento do Relator, porém, não se justifica por quatro razões principais:

- a) O Estado brasileiro, apesar de laico ou não-confessional, isto é, embora não siga nem favoreça qualquer denominação religiosa, deve reconhecer que a sociedade brasileira é majoritariamente religiosa. Esse dado não pode ser sumariamente desprezado, tendo em vista que os valores morais, éticos e culturais provêm, em larga medida, dos valores do seu povo, os quais devem ser considerados no bojo de uma discussão judicial de tão ampla repercussão, cuja decisão final possui eficácia *erga omnes*, ou seja, válida para todos.
- b) A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil é uma associação como qualquer outra, constituída sob a égide da Lei civil brasileira, com a única especificidade de que nela participam os bispos brasileiros. Não se trata, portanto, de órgão da hierarquia vaticana.
- c) A posição contrária ao abortamento dos fetos anencefálicos seria defendida por essa entidade caso fosse aceita no debate. Desse modo, o Ministro Relator acabou por restringir indiretamente a ampliação do debate, trazendo para a esfera dos *amici curiae* apenas as instituições cujos posicionamentos eram mais favoráveis ao julgamento pela procedência da Ação, como a ANIS, por exemplo.
- d) Uma das finalidades primordiais de trazer *amicus curiae* ao tratamento de questões polêmicas a serem decididas pelo Supremo Tribunal Federal não é o de determinar qual decisão deve ser tomada, mas de alargar o debate para as entidades que possam representar de algum modo a sociedade civil para que, por meio dessa via democrática, haja maior participação dos cidadãos com a real diversidade de opiniões nas discussões a fim de que a decisão final seja respaldada pela análise do maior

número de pontos de vista diferentes. O Ministro Relator restringiu, portanto, uma forma de participação democrática, prevista na Lei nº 9.868/1999.

Os argumentos utilizados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde podem ser resumidos, conforme o próprio teor do relatório posterior do Ministro Marco Aurélio¹³², nos seguintes pontos:

1) Quanto à admissibilidade da Ação:

a) Os preceitos fundamentais envolvidos são os seguintes dispositivos da Constituição: artigo 1º, inciso III, que trata da dignidade da pessoa humana; artigo 5º, inciso II – princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, artigos. 6º, *caput* e 196 – direito à saúde.

b) Os atos normativos causadores da lesão aos preceitos fundamentais são: artigos. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal. Configura-se, portanto, formalmente legítima a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo sido cumpridas as três condições prévias para tal legitimidade, quais sejam: violação ou ameaça a preceito fundamental, ato normativo do Poder Público que tenha sido capaz de causar a lesão, e ausência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade.

2) Quanto ao mérito da Ação:

a) A antecipação terapêutica do parto não configura aborto, tendo em vista que não há potencial de vida extrauterina por parte do nascituro. Apenas o feto com capacidade potencial para ser pessoa pode ser objeto desse crime.

b) A dignidade humana da gestante deve ser preservada, não podendo ser submetida à condição análoga à tortura, hipótese que se daria ao ser obrigada a sustentar até o parto a gravidez de um feto anencefálico.

c) A gestante tem os direitos à liberdade, à saúde, à autodeterminação e à autonomia da vontade, podendo, pois, optar, diante da hipótese de anencefalia fetal, pela interrupção da gravidez.

¹³² Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=339091>. Acesso em: 03 de outubro de 2016, 19:00.

A decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ocorreu apenas em 2012. A tese vencedora, por maioria de 9 votos a 2, foi a defendida pelo autor da Ação e pelo Ministro Relator. Este decidiu pela não tipificação penal da conduta de *antecipação terapêutica do parto* referente a fetos que apresentam a malformação caracterizada genericamente por anencefalia.

Os argumentos do Ministro Marco Aurélio, semelhantes aos expedidos pelo autor da Arguição, podem ser resumidos em dois pontos essenciais:

- 1º) a vida do feto anencefálico é inviável fora do útero materno;
- 2º) a autonomia da vontade, os direitos fundamentais e a dignidade da gestante são valores constitucionais e se sobrepõem à vida inviável do nascituro.

Quanto à primeira tese de mérito, ou seja, de que no caso de feto anencefálico não haveria aborto, mas *interrupção terapêutica do parto*, assim argumenta o Ministro Marco Aurélio:

Cumpra rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencefalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencefalo é um natimorto. (...) a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não.¹³³

Esse argumento, no entanto, é passível de críticas. A atribuição da qualidade de *natimorto* ao nascituro diagnosticado com anencefalia não está correta, pois induz a entender que essa deficiência é sempre causada pela ausência completa do encéfalo. Assim explica Rodolfo Acatassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal:

Por que foi escolhida a anencefalia para provocar a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural?
Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz a erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.¹³⁴

¹³³ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>, p.17. Acesso em: 03 de outubro de 2016, 19:00.

¹³⁴ Transcrição de texto de Audiência Pública realizada no STF em 26 de agosto de 2006, pp.34-35 da respectiva Ata. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 19:00.

O posicionamento de Maria Garcia se dá no mesmo sentido do exposto acima, tendo em vista que, ao verificar o fundamento da decisão do Relator, recorda a existência das diferentes graduações relacionadas à anencefalia, que não podem ser generalizadas nem postas sob um único denominador, como na expressão de Marco Aurélio de que o “anencéfalo é um natimorto”:

A tese da chamada ADPF 54 é que na anencefalia não se trataria de aborto. Na realidade, essa tese não tem respaldo na literatura médica. A anencefalia não é equivalente à morte encefálica: as crianças podem ter uma parte do encéfalo posterior, médio e resíduos do anterior. Isso faz com que um pequeno porcentual delas, em função do grau de comprometimento, possa ter alta hospitalar, chorando, movimentando-se, respirando espontaneamente e viver semanas, meses ou, excepcionalmente, mais de um ano. (...) Tentar abreviar o sofrimento trazido por uma doença grave eliminando alguém porque não se pôde curá-lo é cultura estranha ao nosso povo.¹³⁵

É possível constatar, dessa forma, que a existência dos graus de anencefalia não chegou a ser seriamente considerado no âmbito da decisão majoritária do STF. Nessa perspectiva e de acordo com os dados mencionados, é falso afirmar que o nascituro diagnosticado com anencefalia não tenha vida nem potencial de vida extrauterina, levando-se em consideração a ampla diversidade de graus dessa malformação, sendo também errôneo substituir o termo “aborto” – ou “abortamento” – pela expressão “antecipação terapêutica do parto”, tendo em vista que o procedimento induz à morte do feto.

Cabe analisar, ao menos, se a conclusão do Relator de que o nascituro com anencefalia *total* é um natimorto pode ser admitida como correta.

Há que se reconhecer, por um lado, o argumento científico de que o critério médico atual de verificação do momento da morte ocorre realmente com a paralisação da atividade encefálica. Constata-se a existência desse critério pela redação do artigo 3º da Lei nº 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos), e pela Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Isso seria, à primeira vista, válido em relação aos fetos que apresentam anencefalia *total*, o que, como visto, já não corresponderia a todas nem à maioria das hipóteses.

Deve-se considerar, por outro lado, que, para a constatação de *morte encefálica*, deve ter existido vida em algum momento. A embriologia e a genética, conforme analisado anteriormente, atestam o *início da vida* no instante da *concepção*, o que enseja a dedução de

¹³⁵ GARCIA, Maria. *Direitos Humanos face à dramaticidade da vida*, 14 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,direitos-humanos-face-a-dramaticidade-da-vida,861119>. Acesso em: 03 de novembro de 2016, 20:00.

que o nascituro com anencefalia já iniciou seu ciclo vital, tanto que seus tecidos e órgãos continuam a se desenvolver no ventre materno. A pergunta que resta, portanto, é a seguinte: em que momento teria ocorrido a morte do *feto anencéfalo* a fim de que este já pudesse ser “previamente diagnosticado” como *natimorto*? Essa questão é essencial, sobretudo porque, nos casos em que a gestante conduz a gravidez até o final, o recém-nascido com anencefalia nasce vivo e sua morte é constatada clinicamente algum tempo *após o nascimento*.

Essa questão é de grande importância, sobretudo para a discussão quanto à possibilidade de realizar transplante de órgãos. O Conselho Federal de Medicina (CFM), na Resolução nº 1.752, de 2004, definiu que uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do feto anencéfalo após o seu nascimento. Não há, nessa Resolução, qualquer menção aos graus de anencefalia ou se esse conceito deve ser separado da chamada “meroanencefalia” (ausência parcial do encéfalo), nem sobre o momento em que deve ser constatada, em termos médicos, a morte da criança.

Maria Helena Diniz, no bojo dessa questão, afirma a necessidade de que os critérios de morte cerebral sejam plenamente preenchidos para que possa haver doação de órgãos e tecidos de bebê com anencefalia:

O bebê anencéfalo somente poderá ser doador de órgãos e tecidos se preencher os critérios legais de morte cerebral, ou seja, cessação completa do tronco cerebral, que abrange mesencéfalo, ponte e bulbo. Para tanto, o processo de doação terá de ser de iniciativa dos pais e não por solicitação de algum profissional de saúde. Os seus órgãos ou tecidos, portanto, não poderão ser retirados de seu corpo enquanto não estiver legalmente morto. Se não se pode dispor de órgãos de paciente terminal enquanto não ocorrer sua morte encefálica, também não é possível remover órgão ou tecido de anencéfalo enquanto a morte cerebral não se configurar ou não ficar comprovada.¹³⁶

Com base nessas considerações, pode-se afirmar que o argumento da inexistência de vida no nascituro que apresenta essa anomalia é errôneo, o que não impede que o direito positivo reconheça que o potencial de sobrevivência extrauterina seja diminuto e que busque proteger também a dignidade da gestante em vista do sofrimento psíquico gerado por essa gravidez.

O segundo argumento que fundamentou a decisão do Relator foi a necessidade de preservação da dignidade da gestante, tendo em vista que a manutenção da gravidez nesses casos acabaria por ensejar a sujeição materna à condição análoga à tortura.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.58.

A única solução apontada para a preservação da dignidade materna, segundo essa linha argumentativa, é o recurso ao aborto. Desconsidera-se, portanto, a supressão da vida do nascituro. Mesmo que se compreenda o aborto como capaz de proporcionar algum alívio temporário ao sofrimento da gestante, não houve menção a respeito dos efeitos psicofísicos e emocionais maléficos que ela provavelmente sofrerá.

Não é cabível, porém, uma atitude de indiferença nem descuido em relação à gestante, especialmente numa situação que envolve alto nível de sofrimento.

Diante desse impasse que emerge do conflito entre o direito à vida do nascituro e a preservação da dignidade da mulher, um aspecto de grande relevância deve ser analisado para que se possa verificar se a decisão do Supremo Tribunal Federal alcançou realmente a ponderação necessária entre os direitos fundamentais envolvidos. Esse aspecto se refere à consequência da decisão segundo a qual “mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

De acordo com a leitura da ementa, a *interrupção da gravidez* de feto anencefálico configura fato **atípico** em razão do argumento da ausência de vida viável. O efeito prático dessa decisão, no entanto, pode ser a seguinte: caso a própria gestante opte voluntariamente por manter a gestação de feto anencefálico, uma ação de terceira pessoa que provoque, ainda que dolosamente e sem o consentimento da mulher, a morte do nascituro, não poderá ser classificada no tipo legal de aborto. O autor poderá responder criminalmente apenas por lesão corporal causada à gestante.

Diante disso, verifica-se que a forma como se deu essa decisão judicial não foi apta a ensejar proteção nem ao direito à vida do nascituro nem mesmo a dignidade da gestante no que se refere à sua autonomia individual.

2.6. ASPECTOS CRÍTICOS

A análise dos precedentes mais importantes do Supremo Tribunal Federal na atualidade relativos ao direito à vida do nascituro demonstra que a perspectiva decisória desse Tribunal não se compatibilizou com as normas do ordenamento jurídico brasileiro, em especial aquelas presentes na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos

humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica, as quais tutelam a vida humana desde a concepção, nem com a necessidade de máxima ponderação entre direitos fundamentais.

A constatação desse fato e a possibilidade de que existam precedentes ou decisões jurisprudenciais futuras no mesmo sentido das ora apresentadas – o que poderia acarretar em ampliação gradual e constante das hipóteses de aborto por via jurisdicional, sem passar pelo crivo de qualquer debate público representativo mais aberto – traz grande preocupação quanto à busca da real efetividade do direito à vida do nascituro.

As normas constantes no ordenamento jurídico, desse modo, não foram suficientes por si sós para resguardar o efetivo respeito e proteção a esse direito desde seus estágios iniciais em face de uma constante relativização do reconhecimento do real valor da vida humana.

É necessário, portanto, demonstrar como vem ocorrendo essa progressiva relativização histórica nas últimas décadas a fim de que, posteriormente, sejam discutidos mecanismos jurídicos para sua máxima proteção e efetividade jurídica.

CAPÍTULO 3 – HISTÓRICO RECENTE DA RELATIVIZAÇÃO DO VALOR DA VIDA HUMANA INTRAUTERINA

A abordagem histórica da relativização do valor da vida intrauterina está relacionada à construção recente de uma nova cultura em que esse valor foi se deteriorando a fim de privilegiar outros objetivos. É importante frisar que o surgimento dessa mentalidade não é espontâneo, mas fruto de uma ação histórica coordenada para fins comuns envolvendo intelectuais e organizações. Esse fenômeno será demonstrado tendo por base os principais fatos ocorridos nos séculos XX e XXI relativos ao tema.

O histórico recente da relativização será analisado em primeiro lugar no âmbito internacional, no sentido de buscar uma visão mais ampla desse fenômeno e dos agentes envolvidos a fim de abordar posteriormente como se dá sua influência no Brasil.

3.1. ORIGENS HISTÓRICAS DO INÍCIO DO SÉCULO XX

Na primeira metade do século XX, a promoção do aborto foi realizada sobre bases primordialmente eugenistas. Elas ganharam expressão principalmente a partir do século XIX, período em que surgiram as primeiras teorias científicas fundamentadas na ideia de aprimoramento da espécie humana e das raças a partir da seleção genética. Francis Galton, um dos principais cientistas dedicados ao estudo de eugenia, define o termo em 1904 do seguinte modo: “Estudo dos fatores socialmente controláveis que podem melhorar ou empobrecer as qualidades *raciais* das gerações futuras, seja física ou moralmente.”¹³⁷

A compreensão das origens dos primeiros movimentos favoráveis à liberação do aborto a partir do século XX deve passar pelo entendimento das principais ideias sustentadas pela eugenia Margareth Sanger na sua obra *O Eixo da Civilização*, publicada em 1922.

Sanger afirmava que a maior preocupação civilizacional deveria ser com a “falta de equilíbrio entre a taxa de natalidade dos ‘inaptos’ e a dos ‘aptos’” e que a “fertilidade dos débeis mentais, dos fracos de espírito, dos indigentes” era o principal perigo a ser rechaçado.

¹³⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Conceção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 223.

A teórica norte-americana considerava os “aptos” e os “inaptos” como seres diferenciáveis basicamente pelos traços genéticos e, portanto, hereditários, diferenciação aplicável à espécie humana. Sanger interpretou a teoria evolucionista de Charles Darwin conferindo a ela o sentido de que seria necessária a criação de um amplo programa de controle de natalidade pelo método eugenista, que resultaria na extinção progressiva dos “inferiores” para que os seres humanos “superiores” pudessem predominar.

Os homens considerados inferiores não se reuniam apenas na faixa das pessoas que possuíssem alguma debilidade mental, mas também aí se enquadravam aqueles que apresentassem alguma debilidade física de origem genética.

Margareth Sanger considerava que os “inaptos” se reproduzem mais – “A debilidade mental (...) está invariavelmente associada a taxas anormalmente altas de fertilidade.” – e ainda conectava os males da civilização, como a criminalidade e a miséria, com essa alta taxa de reprodução. O elogio feito à eugenia como esperança para uma humanidade melhorada seria o instrumento, caso fosse bem utilizada:

A eugenia busca encontrar a raiz do nosso problema, estudar a humanidade como um organismo cinético, dinâmico e evolutivo, em processo e em mudança com as sucessivas gerações, erguendo-se e derrubando-se, limpando-se dos efeitos herdados, ou então se afundando, sob influências adversas e disgênicas, na degradação e na deterioração.¹³⁸

Essa concepção eugenista de Sanger gerou a interpretação de que crescimento populacional dos que tivessem alguma debilidade proveniente da má formação genética era o grande perigo a ser evitado a todo custo, sendo necessário até mesmo recorrer ao isolamento dessas pessoas por parte do Estado, sem que a compaixão pudesse interferir na realização desse programa de controle.

A mentalidade eugenista teve ampla aceitação política no Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista), que foi fortemente influenciado no seu paradigma racista pelas ideias do conde de Gobineau em seu livro *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas*. Além disso, diversas organizações radicais racistas norte-americanas como a Ku Klux Klan consideravam, juntamente com Sanger, os afroamericanos

¹³⁸ SANGER, Margaret. *The Pivot of Civilization*. Lenox, MA: Hard Press, 2006, Cap. 8, p. 69. Apud: WIKER, Benjamin. *10 livros que estragaram o mundo*. São Paulo: Vide Editorial, 2014, p. 136.

uma “erva daninha a extirpar” utilizando-se da eugenia e da esterilização forçada para esse objetivo.¹³⁹

Hermann Joseph Muller, geneticista norte-americano, comunista e vencedor do Prêmio Nobel em 1946, havia publicado dez anos antes seu livro *Hors de la nuit*, no qual argumenta que o verdadeiro desenvolvimento intelectual e socioeconômico só pode ser conquistado por meio da eugenia para fins sociais, relegando como corrompidas as técnicas eugenistas raciais. Expressa como seria a sociedade futura baseada numa radicalização desses métodos:

A seleção do material genético será voluntária e as novas invenções técnicas consistirão na inseminação artificial e nas invenções biológicas acessórias. Assim, a *eugenia da sociedade futura*, liberada das tradições das castas, de escravos, de colonizadores, poderá ser uma *eugenia verdadeira e radical*.¹⁴⁰

A revelação das atrocidades perpetradas pelo nazismo quanto à prática eugenista e, sobretudo, quanto ao holocausto nos campos de concentração, retirou, ao menos no início do período histórico posterior à Segunda Guerra Mundial, a popularidade do eugenismo baseado na ideia de raças ou de castas. Entretanto, é inegável a constatação de que a ideologia progressista de Hermann Muller, somada à ampliação dos mecanismos de inseminação artificial e controle genético nas últimas décadas demonstra que o perigo da instrumentalização de seres humanos para outros fins permanece nas sociedades democráticas:

A exigência de uma criança *normal e sob medida* (escolha de sexo, cor dos olhos, etc) é um dos atributos da *moderna* civilização. Uma nova era se inicia para a aspiração eugênica. Ela reflete nos países democráticos, a pressa do domínio do homem sobre o homem. (...) Os métodos de diagnóstico pré-natal detectam as anomalias celulares e incitam o *aborto terapêutico*. A redução de categorias patológicas justificam as ações eugênicas. A *ecografia fetal* e outros métodos de diagnóstico em laboratório permitem determinar a normalidade, ou não, de uma criança. Eliminamos, assim, a palavra *eugenia* do nosso vocabulário e assumimos a de *filiação comprometida* por uma *ideologia prevencionista*.¹⁴¹

¹³⁹ ITROVIGNE, Massimo. *Esoterismo, racismo e discriminação – As origens da agenda de gênero*. Tradução pela equipe CNP, Disponível em: <https://padrepauloricardo.org/blog/esoterismo-racismo-e-discriminacao-as-origens-da-agenda-de-genero>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016; 19:00.

¹⁴⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.226. Apud: TESTART, Jacques. *Le désir du gene*. Paris: François Bourin, 1992, pp. 48-49.

¹⁴¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Imaculada Concepção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p.229.

A *International Planned Parenthood Federation* (IPPF), cuja criação e desenvolvimento devem-se ao trabalho de Margareth Sanger, não possui na atualidade premissas expressamente assentadas no eugenismo, mas baseia sua política em técnicas de difusão do aborto e do planejamento familiar.

A Organização das Nações Unidas, fundada no contexto do pós Segunda Guerra Mundial, respondeu inicialmente a tais atrocidades, em seus primeiros documentos internacionais referentes aos direitos humanos, reconhecendo a essencialidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo dever dos poderes públicos o reconhecimento e a tutela desse direito. Essa posição inicial, no entanto, sofrerá alterações substanciais nas décadas seguintes.

3.2. AS FUNDAÇÕES INTERNACIONAIS E A RELATIVIZAÇÃO DO VALOR DA VIDA HUMANA INTRAUTERINA

Foi somente a partir da segunda metade do século XX que os rumos voltam a se modificar no sentido da adoção, por parte de algumas Fundações internacionais, de estratégias para a promoção do controle do crescimento populacional, trazendo como efeito uma relativização do valor da vida humana intrauterina. As duas Fundações pioneiras na adoção dessas políticas ainda na primeira metade do século XX foram as Organizações Rockefeller e a Fundação Ford.

A Fundação Rockefeller foi criada em 1913 por sugestão do pastor batista norte-americano Friedrich Taylor Gates. Essa organização dedicou-se, nos primeiros anos de sua existência, a atividades filantrópicas e humanitárias no sentido de erradicar diversas doenças e melhorar a qualidade de vida de populações mais pobres, conforme se depreende no trecho a seguir:

(...) the most significant outcome of dynamics collaboration between Rockefeller and his inventive advisor was the creation of the Rockefeller Foundation in 1913. The ultimate embodiment of Gates' comprehensive approach, it was a permanente corporate philanthropy on a scale never before seen – a charitablhe trust to parallel the oil trust that had made it possible.¹⁴²

¹⁴² Publicado em: <http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/biography/rockefellers-gates/>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 16:00. Tradução: “(...) o resultado mais significativo da colaboração dinâmica entre Rockefeller e seu inventivo conselheiro foi a criação da Fundação Rockefeller em 1913. Mas a representação final do amplo enfoque de Gates era uma permanente filantropia corporativa em escala jamais vista – a custódia da caridade em paralelo à do petróleo que tem sido feita é possível.”

Um dos exemplos clássicos dessa atuação filantrópica ocorreu no Brasil com o financiamento para a criação do Hospital das Clínicas no Município de São Paulo.

O fenômeno da Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, que revelou enormes catástrofes para milhões de vidas humanas, ensejou, no entanto, o início de uma mudança de mentalidade por parte da família Rockefeller no que diz respeito às finalidades institucionais da Fundação. Após a Guerra, em 1919, quando Raymond Fosdick, ex-subsecretário da Liga das Nações, retorna aos Estados Unidos e passa a ocupar o cargo de presidente das Organizações Rockefeller, o cerne de preocupação passa progressivamente a ser o alcance da paz mundial, objetivo que acabará por envolver a formação de projetos de controle demográfico.

A Fundação Ford, por sua vez, foi criada por Henry Ford em 1936, concebida também como organização para o desenvolvimento de atividades filantrópicas e caritativas, passando posteriormente a adotar um enfoque direcionado à promoção da paz mundial.

No decorrer das décadas seguintes, a teoria populacional de Thomas Malthus, que se sustentava sob a base de que o crescimento populacional ocorria em progressão geométrica e o crescimento na quantidade de alimentos se dava em progressão aritmética, caiu em descrédito e foi substituída pela teoria da transição demográfica, que passou a ser elaborada por Warren Thompson a partir de 1929. Essa teoria sustenta não haver um crescimento em progressão geométrica das populações, mas variações periódicas de crescimento conforme as oscilações históricas entre as taxas de mortalidade e de natalidade, a depender da fase de desenvolvimento socioeconômico das populações. Segundo a teoria da transição demográfica, há quatro grandes fases de variações no crescimento populacional:

1^a) as sociedades tradicionais, anteriores ao período de industrialização, possuem altas taxas de mortalidade e de natalidade, revelando baixo crescimento populacional;

2^a) as sociedades que passaram pelas primeiras etapas da Revolução Industrial, mas em que grande parcela das pessoas continua residindo na zona rural, obtém aumento geral do nível de vida com drástica redução da mortalidade sem correspondente diminuição da natalidade, resultando em índices maiores de crescimento populacional;

3^a) as comunidades que passam pelo êxodo rural e possuem maior nível de industrialização verificam decréscimo mais acentuado na mortalidade e passam a ter diminuídas as taxas de natalidade, ocasionando um crescimento populacional ainda elevado, mas menor que na fase anterior;

4^a) os países que passaram por um amplo desenvolvimento urbano e industrial verificam aumento dos níveis de vida, com maior redução das taxas de mortalidade e diminuição bastante acentuada da natalidade, proporcionando uma drástica redução do crescimento populacional, podendo chegar a níveis próximos de zero ou negativos.

Os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, de acordo com essa teoria, passam a ser identificados com as três primeiras fases, especialmente a segunda e a terceira, enquanto os países desenvolvidos são em geral identificados como pertencentes à quarta fase. Verifica-se, assim, que os países pobres têm a perspectiva de um crescimento populacional muito maior do que os nações ricas.

No seu livro da década de 1950, *Populational Problems*, após sua teoria ter ganho ampla repercussão internacional, Warren Thompson identifica os principais fatores que contribuem para o declínio da taxa de nascimentos, o que auxiliaria consequentemente na redução do crescimento populacional. Elenca, dentre outros, a contracepção, o aborto, a mudança no *status* marital e as condições gerais que favorecem o controle voluntário no tamanho da família. Sobre o aborto, Thompson expressa a seguinte posição:

Illegal and therapeutic abortions are largely the last expedients resorted to when conception control has failed or has not been practiced. While the effect of abortion in reducing the birth rate should not be minimized, we should not forget that there has always been a considerable amount of abortion.¹⁴³

A adoção dessa teoria juntamente com a preocupação no pós-guerra de promover um controle social apto a proporcionar no futuro as condições para uma paz mundial fizeram com que as nações subdesenvolvidas, quase sempre com um índice maior de fertilidade, passassem a ser vistas como ameaças à concretização desse objetivo. Assim, o decréscimo dos índices de natalidade e a diminuição do número de habitantes do planeta foram considerados fatores imprescindíveis para a eficácia desse projeto.

Em 1946, logo após o término da Segunda Grande Guerra, John Rockefeller III realiza a primeira tentativa de modificação estrutural na Fundação no sentido de orientá-la para a promoção da paz mundial por meio da substituição das obras filantrópicas pela concentração no controle demográfico e de natalidade e pela alteração das relações

¹⁴³ THOMPSON, Warren. *Population Control*. 4a edição, New York: McGRAW-HILL SERIES COMPANY, INC., 1953, p. 206. Tradução: “Os abortos ilegais e terapêuticos são largamente utilizados como últimos recursos quando o controle da concepção falha ou não é praticada. Enquanto o efeito do aborto na redução do controle de nascimentos não deveria ser minimizado, nós não devemos esquecer que tem existido sempre um número considerável de abortos.”

internacionais que orientassem ao alcance desse objetivo. O projeto, no entanto, foi de início rejeitado pelos diretores da Fundação.

No âmbito da Ford, foi a partir do término da Segunda Grande Guerra que sua finalidade institucional passa a se concentrar mais especificamente na promoção da paz mundial, conforme consta em documento oficial:

In the shadow of Hiroshima and Nagasaki, and the nuclear-armed stalemate of the Cold War, *achieving world peace was Ford's top priority*, and Foundation leaders saw the organization as a means of continuing postwar reconstruction and reconciliation. (...) By the early 1950's, other massive world challenges – *population*, environmental conservation, interracial relations, rule of law, urbanization – were already in Ford's purview.¹⁴⁴ (os itálicos não constam no original)

Em 1947, a Fundação Ford torna-se a maior organização filantrópica do mundo, tendo em vista o recebimento de investimentos da herança do recém-falecido Henry Ford. Dois anos depois, Horace Rowan Gaither, imbuído dos ideais de John Rockefeller III, torna-se administrador da Fundação e incumbe-se da tarefa de reestruturar a organização e integrá-la aos mesmos objetivos defendidos por Rockefeller três anos atrás. Essa finalidade se torna explícita principalmente com a publicação do *Report of the Study for the Ford Foundation on Policy and Program* (Relatório de Estudos de Política e Programa para a Fundação Ford), mais conhecido como *Gaither Report* (Relatório Gaither):

The Ford Foundation should support activities that promise significant contributions to *world peace* and the establishment of a *world order of law and justice*.
The Ford Foundation should support activities directed toward:

- A. The mitigation of tensions which now threaten world peace.
- B. The development among the peoples of the world of the understanding and conditions essential to permanent peace.
- C. The improvement and strengthening of the United Nations and its associated international agencies.
- D. The improvement of the structure and procedures by which the United States Government, and the private groups in the United States, participate in the world affairs.¹⁴⁵ (os itálicos não estão no original).

¹⁴⁴ ROSENFELD, Patrícia; WIMPEE, Rachel. *The Ford Foundation: Constant Themes, Historical Variation*. Rockefeller Archive Center, 2015, p.5. Disponível em: <http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/biography/rockefellers-gates/>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 18:00. Tradução: “Na sombra de Hiroshima e Nagasaki e na paralização nuclear da Guerra Fria, o alcance da *paz mundial* passou a ser a maior prioridade da Ford e os líderes da Ford viram a organização como um significado de continuidade da reconstrução e reconciliação do pós-guerra. (...) No início dos anos 1950, outras alterações mundiais massivas – *população*, conservação ambiental, relações inter-raciais, regras de lei, urbanização – já ocorriam na horizonte de visão da Ford.”

¹⁴⁵ FORD FOUNDATION. *Report of the Study for the Ford Foundation on Policy and Program*. Detroit: Michigan, November 1949, p.52.

Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=wu.89094310596;view=1up;seq=7>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 19:00. Tradução: “A Fundação Ford deve apoiar atividades que prometem contribuições significativas para a *paz mundial* e o estabelecimento de uma ordem mundial de lei e justiça.

A Fundação Ford deve apoiar atividades dirigidas para:

A. A mitigação das tensões que agora ameaçam a *paz mundial*.

Esse trecho torna evidente que, desde o final da década de 1940, os projetos de alcance da paz mundial pela Fundação Ford passavam necessariamente pela participação do Governo dos Estados Unidos e de grupos privados desse país, além do fortalecimento das Nações Unidas e de suas agências internacionais associadas.

A partir da década de 1950, as Organizações Rockefeller adotam os mesmos objetivos da Fundação Ford, eliminando o dissenso inicial que os diretores haviam apresentado em 1946.

O alcance da paz mundial, segundo a interpretação dos líderes dessas organizações, não poderia prescindir de alguma forma de controle do crescimento populacional, especialmente nos países subdesenvolvidos. Uma elevação demográfica caótica poderia dar ensejo a novas situações de guerras, conflitos e miséria, que precisariam ser evitados.

Surgem daí, por iniciativa dessas duas grandes Fundações, as três estratégias históricas para o controle populacional.¹⁴⁶ A primeira, ocorrida entre 1952 e 1990, se fundamenta na criação e desenvolvimento de centros de pesquisa e mecanismos de interferência nos países pobres para a promoção direta do controle demográfico; a segunda, cujo início de sua aplicação ocorre nos anos 1990, faz do discurso do movimento feminista um instrumento para a difusão dos direitos sexuais e reprodutivos como técnica de promoção implícita do aborto; a terceira, que é implementada a partir do século XXI, fixa-se na saúde reprodutiva e no tratamento do aborto como questão exclusivamente de saúde pública, em especial para os países que haviam se recusado a legalizá-lo anteriormente.

A primeira estratégia tem como expoente a Fundação Rockefeller, que, valendo-se de seus poderes financeiros e de influência política, fundou em 1952, juntamente com 26 especialistas em demografia, o *Population Council* (Conselho Populacional), com a alegação da necessidade de promover filantropia nos países subdesenvolvidos.

A primeira etapa dessa estratégia consistiu, durante a década de 1950, em estabelecer centros de pesquisa demográfica em diversos países estratégicos nos cinco continentes. O financiamento dos estudos em demografia era garantido pela atuação do

B. O desenvolvimento entre as pessoas do mundo para o entendimento e as condições essenciais para a permanência da paz.

C. A melhoria e o fortalecimento das Nações Unidas e suas agências internacionais associadas.

D. A melhoria da estrutura e procedimentos pelos quais o Governo dos Estados Unidos, e os grupos privados nos Estados Unidos, participam nos negócios mundiais.”

¹⁴⁶ A apresentação e exposição histórica sobre as três estratégias internacionais na formação da cultura de morte encontram-se no artigo intitulado *Maior de 2012: A Nova Estratégia Mundial da Cultura de Morte* da Comissão em Defesa da Vida da Regional Sul-1 da CNBB.

Conselho Populacional tendo em vista a necessidade de capacitar recursos humanos dedicados a realizar estudos, projetar dados estatísticos para as fases posteriores e alardear a opinião pública mundial sobre a necessidade urgente de um controle demográfico. Afirma Jorge Martini:

Para ajudar a convencer o público e os políticos da necessidade de tais políticas e para implementá-las eficazmente, foram destinados recursos vultosos para a formação de recursos humanos em demografia e temas conexos, assim como para a geração de dados e a análise dos mesmos.¹⁴⁷

Na segunda etapa, aplicada na década de 1960, buscou-se estabelecer o controle populacional com maior enfoque sobre as nações subdesenvolvidas africanas e asiáticas, mais vulneráveis ao convencimento de adotarem os mecanismos propostos de controle populacional. A Fundação Rockefeller realizava constantes *lobbies* nesses países a fim de convencer seus governantes de que a causa da pobreza da população estava diretamente vinculada à alta taxa de natalidade. Tais conclusões eram retiradas da análise de organizações que realizavam estudos em demografia, as quais tinham sido financiadas pela própria Fundação desde a década anterior. Convencidos de que a pobreza em seus países tinha como causa principal o crescimento populacional, os governantes eram pressionados a fazer uso dos serviços de saúde que promoviam mecanismos contraceptivos e abortivos e o denominado *planejamento familiar*. A fundação Rockefeller fornecia, então, auxílios financeiros e acesso a medicamentos, especialmente o DIU e a pílula do dia seguinte.¹⁴⁸

O DIU (Dispositivo Intrauterino) é técnica cuja eficácia abortiva é confirmada pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Seu uso foi intensificado após o Conselho Populacional ter obtido o direito de conceder licenças desse fármaco a fábricas internacionais como forma de “planejamento familiar”.

A pílula do dia seguinte, que pode ser ingerida em até 72 horas após a relação sexual, é técnica a partir da qual pode decorrer o aborto, tendo em vista que não somente impede a ovulação ou a função espermática, mas, se ingerida após a concepção, não permite que o embrião prossiga seu desenvolvimento natural em razão da alteração endometrial que impede a fase de nidação e sua consequente implantação na parede do útero.

¹⁴⁷ MARTINI, Jorge. *O papel dos organismos internacionais na evolução dos estudos populacionais no Brasil: notas preliminares*. Revista Brasileira de Estudos Populacionais, v.22, nº 2, São Paulo, julho/dezembro de 2005.

¹⁴⁸ A exposição mais detalhada a respeito do tema, inclusive sobre a possibilidade de utilização de outros métodos contraceptivos não-abortivos, encontra-se na seguinte Monografia de Direito: KLEBIS, Helen Juliana Comitre. *DIU e pílula do dia seguinte: aborto permitido?* Presidente Prudente / SP. Monografia (Graduação em Direito), Faculdade de Direito de Presidente Prudente, outubro de 2002.

A propaganda, divulgação e venda pública desses medicamentos como contraceptivos revela o perigoso erro a que muitas mulheres foram e são induzidas, pois o aborto é cometido imaginando-se estar apenas evitando a gravidez.

Apesar de que a contracepção de emergência estivesse disponível a mais de 30 anos, as mulheres em todo globo tinham permanecido na ignorância desta importante opção e sem acesso às informações e aos produtos para que pudessem utilizar efetivamente. Isto era particularmente evidente nos países em desenvolvimento.¹⁴⁹

A terceira etapa dessa primeira estratégia foi a realização de constantes *lobbies* por parte da Fundação Rockefeller face ao governo norte-americano a fim de convencê-lo de que o aumento populacional nos países subdesenvolvidos era um fenômeno que colocava em risco a segurança interna dos Estados Unidos. O objetivo era persuadir as principais autoridades governamentais a destinar recursos públicos para promover o controle demográfico e de natalidade nesses países como mecanismo de segurança nacional.

O governo norte-americano, convencido de que a segurança interna de seu país estava ameaçada pela explosão demográfica nas nações pobres, destinou ao Departamento de Controle Populacional da USAID (Agência de Desenvolvimento) o equivalente a U\$ 1,7 bilhão para a promoção do controle demográfico nesses países. Esse plano, em termos de destinação de recursos financeiros, só perdeu para o Plano Marshall, que reconstruiu as bases econômicas da Europa Ocidental destruídas pela Segunda Guerra Mundial.

A Emenda Helms, de dezembro de 1973, ao final do governo de Richard Nixon, proibiu a destinação de recursos públicos para financiar o controle demográfico nos países pobres. O texto da Emenda afirma: “*None of the funds made available to carry this part may be used to pay for the performance of abortions as a method of a family planning or to motivate the coerce any person to practice abortions.*”¹⁵⁰. O Departamento de Controle Populacional da USAID fica, portanto, sem sua fonte financeira básica e passa a depender de recursos exclusivamente privados.

A fundação Skaff, no entanto, mediante um aporte de U\$ 500 mil, funda, em 1973, o Instituto IPAS (*International Pregnancy of Advisory Services*), como substituto da

¹⁴⁹ Comissão em Defesa da Vida do Regional Sul – 1 da CNBB, *Maio de 2012 – A Nova Estratégia Mundial da Cultura de Morte*. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z6zfoqcyu7hxot95z3c/a-nova-estrategia-mundial-do-aborto.pdf>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 21:00.

¹⁵⁰ BLANCHFIELD, Luisa. *Abortion and Family Planning-Related Provisions in U.S. Foreign Assistance Law and Policy*. Congressional Research Service. Disponível em: <https://www.fas.org/sfp/crs/row/R41360.pdf>, p.3. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 21:30. Tradução: “**Nenhum dos fundos disponibilizado para transportar essa parte deveria ser usado para pagar pela realização de abortos como método de planejamento familiar ou para motivar a coerção de qualquer pessoa para praticar abortos.**”

USAID. O IPAS é sustentado com recursos privados desde sua fundação, e tem por função interferir na política de diversos países estratégicos, dentre eles o Brasil, no sentido de promover o aborto através da atuação principal em três áreas, conforme atesta Donald Warwick, um dos membros do próprio instituto:

1º) Provendo empréstimos para o estabelecimento de clínicas de aborto; 2º) Manufaturando equipamentos para aspiração a vácuo tendo como finalidade a venda para outras organizações como a Pathfinder e a IPPF; 3º) Serviços diretos de aborto. Sua estratégia é a de identificar médicos que estão interessados em aborto, sendo ou não legal, e então ajudá-los a iniciar os serviços. O IPAS está agora dando apoio a clínicas em cerca de vinte países, incluindo México, **Brasil** e Indonésia, onde o aborto é ilegal.¹⁵¹ (o negrito não consta no original).

Em 1974, no bojo da terceira etapa da primeira estratégia, a Fundação Rockefeller convence o Governo dos Estados Unidos a redigir o Relatório Kissinger (*Kissinger Report*). Esse documento afirma expressamente que a eficácia do controle populacional só ocorre nos países onde o aborto é legalizado. Esse documento foi elaborado com o intuito de concluir que o crescimento populacional nos países subdesenvolvidos é uma grande fonte de preocupação e, como resposta, seria necessário que o governo norte-americano destinasse amplo aporte de recursos financeiros para implementar medidas de controle de natalidade, como o “planejamento familiar”. Dessa forma, além dos recursos vultosos das próprias Fundações, houve o emprego maciço de recursos públicos dos Estados Unidos destinados ao projeto controlista. Houve também a seleção estratégica de treze países subdesenvolvidos para maior enfoque de atuação, dentre os quais se encontra o Brasil, conforme mencionado no próprio Relatório:

A assistência para o controle populacional deve ser empregada principalmente nos países em desenvolvimento de maior e mais rápido crescimento, onde os EUA têm interesses políticos e estratégicos especiais. Esses países são Índia, Bangladesh, Paquistão, Nigéria, México, Indonésia, **Brasil**, Filipinas, Tailândia, Egito, Turquia, Etiópia e Colômbia.¹⁵² (o negrito não consta no original).

A influência internacional exercida pelas Fundações, no entanto, não havia passado percebida desde a década de 1950. O Congresso norte-americano, instado por informações de que as atividades e intervenções internacionais dessas Fundações passavam ao largo da alegada filantropia, realizou uma série de investigações que resultaram na instauração

¹⁵¹ WARWICK, Donald. *Foreign Aid for Abortion – Hastings Center Report*, abril de 1980. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3561278?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 22:00.

¹⁵² CLOWES, Brian. *Kissinger Report 2004: A Retrospective on NSSM-200*, Human Life International, 2004. Disponível em: http://www.lifeissues.net/writers/clo/Kissinger_Report_2004.pdf, p.14, parágrafo 30. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 22:30.

da Comissão Reece, redundando na elaboração do Relatório Reece,¹⁵³ um relatório parcial tendo em vista que a Comissão foi impedida de prosseguir até o fim em suas pesquisas.

O Relatório Reece analisou a atuação de algumas das principais Fundações internacionais, dentre elas a Rockefeller, a Ford e a Carnegie. Confirmou que suas atividades não se restringiam, desde aquela época, à beneficência e à filantropia, mas essa alegada finalidade institucional servia em parte como estratégia para abstenção ou minimização dos impostos e do controle estatal. Tais Fundações atuavam de modo ideologicamente orientado a fim de alcançar seus objetivos específicos, dentre os quais estão o controle populacional e de natalidade por intermédio do aborto em diversos países, para tentar promover a paz mundial.

A publicação do Relatório Reece, entretanto, não afetou o desenvolvimento e a ampliação das atividades das Fundações. Os métodos e estratégias podiam ser modificados de acordo com o insucesso total ou parcial do que havia sido adotado anteriormente, mas a orientação e a finalidade eram mantidas.

Na Conferência Mundial Sobre a População de 1954¹⁵⁴, em Roma, patrocinada pela Organização das Nações Unidas, e especialmente na Conferência de Direitos Humanos do Teerã em 1968¹⁵⁵, a ONU passa a adotar progressivamente os mesmos objetivos das Fundações internacionais. Nesse contexto, as Nações Unidas começam a modificar sua perspectiva de direitos humanos, orientada nos primeiros anos do pós-guerra para a preservação do direito à vida, assumindo as bandeiras do planejamento familiar e do controle do crescimento populacional. A concretização dessa mudança de paradigma ocorreu com a criação no final dos anos 1960, do Fundo das Nações Unidas para Atividades Populacionais (FNUAP). A justificativa foi a necessidade do controle do crescimento populacional ante a chamada “bomba demográfica”.

A ONU assume, a partir do final dos anos 1960, o papel de órgão central em escala internacional na promoção do controle demográfico, substituindo, portanto, o governo federal dos Estados Unidos.

A busca de um controle racional realizado desde cima por instrumentos políticos fica evidente quando, em 1974, a Conferência Mundial das Nações Unidas Sobre População (Conferência de Bucarest)¹⁵⁶ afirma que o direito ao planejamento familiar compete, de modo vago e abstrato, às “pessoas”, não mais tendo os pais ou a estrutura familiar como referência

¹⁵³ Disponível em: <https://archive.org/details/DoddReportToTheReeceCommitteeOnFoundations-1954-RobberBaron>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 23:00.

¹⁵⁴ Disponível em: <http://archivo.cepal.org/pdfs/cdPrebisch/037.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 13:00.

¹⁵⁵ Disponível em: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/fatchr/Final_Act_of_TehranConf.pdf. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 14:00.

¹⁵⁶ Disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/i/1999/constituicao/index.asp>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 14:30.

principal. Afirma a ONU nessa Conferência, que o meio mais eficaz para realizar o controle populacional é o *aborto*.

A mentalidade e o movimento afeitos ao controle de natalidade, entretanto, permaneceram ativos na esfera das Fundações internacionais e das Nações Unidas. Isso é comprovado pelo fato de que, no final dos anos 1960, a ONU reconhece o planejamento familiar (*family planning*) como direito humano universal e, em 1974, na Conferência de Bucareste, foi alçado à categoria de objetivo fundamental.

O exemplo característico da mais eficaz aplicação estatal do planejamento familiar é a República Popular da China, chefiada pelo Partido Comunista Chinês desde 1949, cuja Constituição, em seu artigo 49, obriga o casal a essa prática.¹⁵⁷ A partir de 1979, esse dispositivo passou a fundamentar a adoção legal da denominada “política do filho único”. Se o casal fizer a opção por um segundo filho, o Estado obriga ao procedimento de aborto.

(...) depois do primeiro filho, a mulher está obrigada a colocar o DIU, e se fica grávida, está obrigada a abortar. As sanções para quem não respeita a lei são muito fortes: penas pecuniárias, esterilizações forçadas, prisão (...) Destruição da casa, total isolamento social, às vezes morte dos recém-nascidos; mais frequentemente são tiradas das famílias as crianças nascidas contra a lei e são abandonadas nos orfanatos.¹⁵⁸

Apesar da difusão das políticas de controle populacional, ocorreu insucesso parcial da estratégia demográfica, especialmente em razão da inesperada ausência de redução nas taxas de natalidade e de crescimento populacional nos países pobres.

A situação de crise da estratégia demográfica já havia sido antecipada por Kingsley Davis, diretor do Centro Internacional de Políticas Populacionais e Urbanas da Universidade da Califórnia, em Berkeley. Em 1967, Davis redige o artigo acadêmico intitulado *Populational Policy: Will Current Programs Succeed?* (“Política Populacional: os Programas Atuais Terão Sucesso?”), em que confirma a falta de eficácia dos programas de controle populacional baseados na estratégia de propagação de medicamentos abortivos e contraceptivos. Davis abriu espaço para promover uma mudança de direção quanto à tentativa de reduzir ao máximo o crescimento populacional e legalizar o aborto, fazendo com que o foco se deslocasse dos mecanismos médicos para a modificação do papel da mulher enquanto esposa e mãe na estrutura familiar e para a redução do papel da família em relação ao quadro geral da sociedade. A mudança geral da visão sobre o papel feminino na instituição familiar e

¹⁵⁷ ROCELLA, Eugênia; SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia*. São Paulo: Editora Ecclesiae, 2014, p.127.

¹⁵⁸ ROCELLA, Eugênia; SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o Cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia*. São Paulo: Editora Ecclesiae, 2014, p.127.

no âmbito social começa, assim, a ser o principal paradigma para o controle das populações. Conforme palavras de Kingsley Davis em seu artigo acadêmico:

(...) a suposição de que o controle demográfico seja uma tarefa médica ou de saúde pública entrega a política demográfica nas mãos de pessoal médico que pensa em termos de clínicas e pacientes, de pílulas e de dispositivos intrauterinos, o que leva à manipulação dos fenômenos sociais e econômicos, uma ingenuidade muito segura de si. Desconhecendo na maioria dos casos economia, sociologia e demografia técnica, os profissionais da saúde tendem honrada e instintivamente a crer que algo que eles chamam de forma imprecisa de controle demográfico possa alcançar-se mediante a disponibilidade de melhores anticoncepcionais. Mudanças suficientemente básicas para afetar a motivação de ter filhos seriam mudanças na estrutura da família, no papel das mulheres e nas normas sexuais. Longe de propor medidas tão radicais, e ignorando que o estudo da organização social é uma especialização técnica, os porta-vozes do planejamento familiar declaram com frequência que o seu propósito é a “proteção” da família, isto é, a observância mais estrita das normas familiares.¹⁵⁹

A socióloga Adrienne Germain, uma das mais empenhadas discípulas de Davis, que exerceu forte influência sobre John Rockefeller III na década de 1970 e passou posteriormente a integrar a Fundação Ford, percebeu que a implantação dos serviços de saúde para a difusão de técnicas abortivas e de controle da natalidade, afinados à linha do planejamento familiar, se considerados isoladamente, não resultariam em diminuição da fecundidade. Isso porque as mulheres, em sua ampla maioria, queriam formar família e ter filhos. A estratégia proposta por Germain, portanto, era de que houvesse apoio e financiamento das Fundações a alguns movimentos feministas radicais, cuja proposta seria a mudança na escala de valores e a desconstrução da maternidade e da família, devendo tais valores e instituições ser retratados como exclusivamente negativos para a mulher.

O método utilizado seria o do chamado *empowerment*, ou seja, o “empoderamento” da mulher, num enfoque de afirmação da igualdade entre os sexos e de emancipação do *status* opressor a que o sexo feminino estaria submetido na estrutura familiar e em sua relação à figura do marido.

A percepção de Germain, na esteira de pensamento de Kingsley Davis, foi bastante propícia, pois coincidiu com o início da difusão internacional do movimento feminista de terceira geração, o que facilitou que essa corrente mais radical passasse a ser cooptada como instrumento para os objetivos das Fundações.

A compreensão dessa fase do movimento feminista passa necessariamente pelo entendimento da influência do pensamento marxista, em especial do livro *A Origem da*

¹⁵⁹ DAVIS, Kingsley. *Política Populacional: Os Programas Atuais Terão Sucesso?* Revista Science, 10 de Novembro de 1967. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/m2st27cgdqr9icute1ok/1-Kingsley-Davis-Politica-Populacional.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2016, 20:00.

Família, da Propriedade Privada e do Estado, publicado por Friedrich Engels. A relação entre os sexos é relatada essencialmente como uma luta de classes, com o sexo feminino figurando, assim como a classe proletária, como a parte sujeita à opressão do sexo masculino no bojo da estrutura familiar. O livro apresenta explicitamente a tese e foi publicado dois anos após a morte de Karl Marx, remontando inclusive a escritos anteriores do mesmo autor:¹⁶⁰

Num velho manuscrito inédito, redigido em 1846 por Marx e por mim [*A Ideologia Alemã*], encontro a seguinte frase: “A primeira divisão do trabalho é a que se fez entre o homem e a mulher para a procriação de filhos”. Hoje posso acrescentar: o primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino.

O gérmen do feminismo radical havia sido colocado, pois considera a relação entre homem e mulher para a procriação dos filhos na estrutura monogâmica como o antagonismo de classes prévio e sustentador da luta entre burguesia e proletariado. O feminismo marxista prega que a libertação da mulher requer necessariamente a destruição da família e a igualdade plena entre os sexos:¹⁶¹

(...) o caráter particular do predomínio do homem sobre a mulher na família moderna, assim como a necessidade e o modo de estabelecer uma igualdade social efetiva entre ambos, não se manifestarão com toda nitidez senão quando homem e mulher tiverem, por lei, direitos absolutamente iguais. Então é que se há de ver que a reincorporação da mulher exige, como primeira condição, a reincorporação de todo o sexo feminino à indústria social, o que, por sua vez, requer a supressão da família individual enquanto unidade econômica da sociedade.(itálico do autor)

O “predomínio do homem sobre a mulher na família moderna”, que se caracterizaria pela divisão do trabalho baseada na “procriação de filhos”, conduz à necessidade da “reincorporação do sexo feminino à indústria social” como forma de libertação do *status* opressor, o que só poderá ocorrer mediante a “supressão da família individual”. Essa visão se coaduna perfeitamente ao projeto de Kingsley Davis e Adrienne Germain e das Fundações internacionais como instrumentos úteis e eficazes para estabelecer um controle populacional e de natalidade.

A estreita ligação entre o livro de Engels e o movimento feminista radical foi reconhecida expressamente por uma das principais teóricas e ativistas desse movimento, Kate Millett, que, em seu livro *Sexual Politics* (Política Sexual), publicado em 1969, aduz que: “Na

¹⁶⁰ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª edição, São Paulo: Centauro Editora, março de 2002, p.78

¹⁶¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª edição, São Paulo: Centauro Editora, março de 2002, p.88.

submissão da mulher ao homem, Engels (e Marx também) viam o protótipo histórico e conceitual de todos os sistemas de poder subsequentes, todas as relações econômicas ingratas e a mesma opressão em si.”¹⁶² Millet, não se conformando com o arrefecimento do movimento feminista das duas gerações anteriores em razão das conquistas de direitos políticos e sociais, estabeleceu o foco na redefinição do papel da mulher no contexto familiar, na mesma linha de ação invocada por Kingsley Davis dois anos antes.

Shulamith Firestone, um dos principais nomes da denominada terceira geração do feminismo, de forte influência marxista, em seu livro *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution* (A Dialética do Sexo: o Caso da Revolução Feminista)¹⁶³, de 1970, considera a gravidez natural e a maternidade como mecanismos de opressão do sexo masculino sobre o feminino, diferença que deve ser eliminada para a concretização da plena igualdade.

A base do feminismo marxista é dada, portanto, pelas bandeiras do controle da reprodução e da eliminação de toda distinção entre os sexos, o que passa a implicar a legalização do aborto como instrumento imprescindível para esse fim.

A segunda estratégia internacional que promove a relativização do valor da vida do nascituro mantém, portanto, o protagonismo das Fundações internacionais, mas estabelece como foco a promoção do aborto legalizado a partir da adoção de uma política de implantação de *direitos sexuais e reprodutivos* no contexto das exigências de emancipação feminina e da revolução sexual.

O aborto passa a ser visto sob nova perspectiva, como instrumento auxiliar necessário e indispensável à concretização da liberdade feminina contra o jugo opressor da maternidade e como garantidores da inserção segura da mulher na educação, no mercado de trabalho e na participação política e comunitária. O aborto se consolida aos poucos como um *direito da mulher*.

O que ocorreu, no entanto, foi a inserção da possibilidade de um controle político muito mais amplo e efetivo sobre a mulher e a estrutura familiar a fim de que os direitos reprodutivos pudessem ser garantidos por meio de uma espécie de “responsabilidade social e comunitária”.

¹⁶² O’LEARY, Dale. *La Agenda de Genero, Redefiniendo la Igualdad*, New York: Avon, 1971 p.169. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z3wlfcfgx1x1wxzr644/la-agenda-de-genero-redefiniendo-la-igualdad.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2016, 22:00.

¹⁶³ FIRESTONE, Shulamite. *The Dialectic of Sex: The Case of Feminist Revolution*. 2nd printing, New York: Bantam Books, January 1972. Disponível em: <https://teoriaevolutiva.files.wordpress.com/2013/10/firestone-shulamith-dialectic-sex-case-feminist-revolution.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2016, 23:00.

O indivíduo e a família não gozam, portanto, de plena disponibilidade dos direitos reprodutivos: estes devem ser administrados segundo um impreciso conceito de responsabilidade social e comunitária (não pessoal), de que os governos se fazem garantidores. Além do mais, o papel dos governos é promover ativamente o “exercício responsável” dos direitos reprodutivos, frustrando assim a autonomia da decisão da mulher e da família.¹⁶⁴

A adoção da estratégia dos direitos sexuais e reprodutivos provocar não apenas a relativização do valor da vida humana intrauterina, mas também uma diminuição na esfera de liberdade das próprias mulheres e famílias:

Os direitos reprodutivos oferecem instrumentos que se conciliam com as exigências autoritárias de regimes que, ao não poder controlar já a produção, aspiram a controlar a reprodução (...) A verdade é que, na ausência de garantias democráticas, as práticas de intervenção sobre a fertilidade, também quando geridas diretamente pelas mulheres (...) não levam a uma maior liberdade feminina.¹⁶⁵

Essa constatação fez com que algumas organizações feministas importantes, como a *Feminist International Network of Resistance to Reproductive and Genetic Engineering* (Rede Internacional Feminista de Resistência à Engenharia Reprodutiva e Genética), se voltassem como focos de resistência às políticas de controle populacional e reprodutivo, além de adotarem uma postura contrária à utilização de mecanismos de engenharia genética e outros meios tecnológicos para a manipulação sobre a vida humana.¹⁶⁶

Foi, no entanto, a partir da década de 1970 que as Fundações internacionais começaram a financiar organizações e movimentos feministas que defendiam pautas que servissem de instrumento a seus projetos.

O protagonismo da Fundação Ford ocorreu especialmente por intermédio do documento *Reproductive Health: A Strategy for 1990's* (“Saúde Reprodutiva: Uma Estratégia para os anos 1990”), documento que expressa a mudança de foco da organização para o alcance de seus objetivos:

The general purpose of the Foundation’s program in reproductive health is to enhance the capacity of developing countries and develop solutions to their reproductive health and populational problems. Activities will focus on the social, cultural, and economic factors that influence reproductive health and populational trends, concentrating on the problems of disadvantaged women in both urban and rural áreas.

Three specific objectives for the Foundation’s work on reproductive health are proposed:

¹⁶⁴ ROCELLA, Eugenia; SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia*. São Paulo: Editora Ecclesiae, 2014, p.123.

¹⁶⁵ ROCELLA, Eugenia; SCARAFFIA, Lucetta. *Contra o cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia*. São Paulo: Editora Ecclesiae, 2014, pp.146-147.

¹⁶⁶ O site dessa organização é <http://www.finrrage.org/>. Acesso em: 29 de setembro de 2016, 15:00.

- Develop a comprehensive socioeconomic, legal, and biomedical framework for reproductive health by strengthening social science research and its utilization in policy formulation and the design of services.
- Empower women to better understand their own reproductive health needs and to articulate and act to these needs in the Family and at the community and policy levels.
- Promote public dialogue and advance public awareness about reproductive health and population issues, including the development of ethical and legal frameworks in different societies, in order to improve policy and services.¹⁶⁷

O que se verifica a partir da análise do documento é que os três objetivos propostos pela Fundação – desenvolver pesquisas em ciência social, *empoderar* as mulheres e promover uma consciência pública sobre saúde reprodutiva e temas populacionais para implantar políticas e serviços nesse sentido – estão em íntima conexão com os projetos anteriores da própria organização de encontrar mecanismos eficazes para o controle demográfico. Isso se evidencia no trecho acima, pois a Fundação Ford sempre mantém o tema da saúde reprodutiva profundamente unido à temática das “questões populacionais”. Dessa forma, o discurso veiculado de atribuir novos direitos reprodutivos mostra-se apenas como meio para atingir um fim, que não é conferir maior proteção às mulheres, mas promover a contenção populacional por um controle de natalidade mais eficaz.

A presidente da *Catholics for Free Choice* (Católicas pelo Direito de Decidir), Frances Kissling, reconheceu, em entrevista concedida em 2002, a importância decisiva da atuação e dos investimentos das Fundações na mudança de paradigma dos movimentos feministas favoráveis ao aborto:

o papel decisivo que a Fundação Ford e a Fundação MacArthur representaram nesse momento para mudar quem estaria na mesa é uma parte do quadro mais amplo dentro do qual a Católicas pelo Direito de Decidir estão inseridas. Antes disso, os grupos feministas nunca tinham tido a oportunidade de sentarem-se à mesa. Ademais, elas também não tinham dinheiro. A Fundação Ford e a Fundação MacArthur começaram a fazer investimentos substanciais em grupos feministas internacionais ligadas à saúde e aos direitos reprodutivos. Foi dessa maneira que nos

¹⁶⁷ FORD FOUNDATION. *Reproductive Health: A Strategy for 1990s (A Program Paper of Ford Foundation)*. New York, June 1991, p.24. Disponível em: <http://www.issuelab.org/resources/8033/8033.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2016, 20:00.

Tradução: “A proposta geral do programa da Fundação em saúde reprodutiva é aumentar a capacidade dos países em desenvolvimento e desenvolver soluções para seus problemas de saúde reprodutiva e populacionais. As atividades vão focar em fatores sociais, culturais e econômicos que influenciam a saúde reprodutiva e as tendências populacionais, concentrando nos problemas de desvantagem das mulheres nas áreas urbanas e rurais.

Três objetivos específicos de trabalho da Fundação em saúde reprodutiva são propostos:

- Desenvolver um amplo quadro socioeconômico, legal, e biomédico de saúde reprodutiva pelo fortalecimento das pesquisas em ciências sociais e sua utilização na formulação de políticas e no desenho dos serviços.
- Empoderar as mulheres para melhor entendimento de suas próprias necessidades em saúde reprodutiva a fim de articular e agir sobre essas necessidades na família, na comunidade e nas esferas políticas.
- Promover o diálogo público e avançar consciência pública sobre saúde reprodutiva e questões populacionais, incluindo o desenvolvimento de quadros éticos e legais nas diferentes sociedades, a fim de promover políticas e serviços.”

tornamos internacionais, e as Católicas pelo Direito de Decidir foi uma das beneficiárias dessa grande controvérsia, no sentido em que nos tornaríamos parte desta força que iria lutar por uma mudança de paradigma. Na verdade, nós nos tornamos parte desse novo paradigma.¹⁶⁸

A difusão da expressão *direitos sexuais e reprodutivos* ganha ampla repercussão internacional especialmente após a Declaração e Programa de Ação de Viena em 1993 (Conferência Mundial sobre Direitos Humanos), a Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento em 1994 (Plataforma de Cairo), a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher em Beijing em 1995 e a Conferência de Glen Cove em 1996. Nessas reuniões internacionais, a preocupação central migrou da questão demográfica para a abordagem do *empoderamento* e da emancipação da mulher, no bojo da percepção sociológica de Kingsley Davis e Adrienne Germain e da formulação estratégica da Fundação Ford.

A Conferência do Cairo¹⁶⁹ foi a primeira a trazer expressamente esse novo paradigma como orientação das Nações Unidas para todos os países, e contou com a participação de grupos feministas beneficiários do apoio das Fundações internacionais desde as duas décadas anteriores. Tais movimentos fizeram intensa pressão para que a ONU adotasse esse novo parâmetro político. A líder feminista Frances Kissling relata em sua entrevista que buscou saber se os principais organizadores da Conferência continuariam lutando pela a defesa dos direitos reprodutivos ainda que isso trouxesse um aumento na quantidade de bebês. Segundo Kissling, a maioria não quis responder a essa questão.¹⁷⁰ O fato evidencia que o objetivo de controle populacional continuava em voga por parte dos que o defendiam explicitamente nas décadas anteriores, mas naquele momento poderia se utilizar dos direitos sexuais e do discurso feminista como ferramenta ideológica para a promoção dessa finalidade.

A Conferência de Beijing, realizada em 1995, retomou praticamente as mesmas diretrizes fixadas no Cairo, acrescentando “a possibilidade de revisar as leis que preveem medidas punitivas às mulheres que realizaram abortos ilegais”¹⁷¹.

¹⁶⁸ KISSLING, Frances (Entrevista com). *O Financiamento internacional do aborto*, Washington D.C., setembro de 2002, pp.8-9.

Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/uploads-br.hipchat.com/83016/598517/0nwzcrGenzFXCXx/8%20-%20Entrevista%20com%20Frances%20Kissling.pdf>. Acesso em: 01º de outubro de 2016, 21:00.

¹⁶⁹ Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_eng_2.pdf. Acesso em: 01º de outubro de 2016, 22:00.

¹⁷⁰ Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/fwcwn.html>. Acesso em: 02 de outubro de 2016, 17:00.

¹⁷¹ Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_eng_2.pdf. Acesso em: 02 de outubro de 2016, 18:00.

A Conferência de Glen Cove, de 1996, reuniu, de forma secreta, diversos Comitês das Nações Unidas para estabelecer uma interpretação diferente aos direitos humanos no sentido de considerar o direito ao aborto algo implícito na legislação de todos os países e de acusar as nações que estabelecessem sanções penais ao aborto como violadoras dos direitos humanos.¹⁷²

A *Real Women*, do Canadá, uma das organizações feministas que se posicionam contrariamente às novas políticas adotadas pelas Nações Unidas, demonstram a ausência de fundamento desses *direitos implícitos* e que as finalidades a serem alcançadas discrepam largamente da defesa das mulheres, fator que tem sido usado apenas como instrumento para justificar a legalização do aborto. Nesse sentido, caberá aos órgãos de monitoração da ONU interpretar as normas dos tratados internacionais de modo a facilitar a promoção dos *direitos implícitos* que incluam necessariamente o aborto, além de denunciar os países que não obedecerem a essa nova “interpretação” como violadores dos direitos humanos.

Em Glen Cove foi estabelecido um esquema que produziria uma re-interpretação dos direitos humanos fundamentais de modo a incluir o aborto (...) Mas é muito importante sublinhar que a intenção destes estrategistas e oficiais da ONU é no sentido de que estes novos direitos implícitos do aborto (...) deverão substituir os direitos fundamentais universalmente aceitos (...) Caso [os governos nacionais] ajam diversamente, deverão ser denunciados como violadores dos direitos humanos para seus próprios povos.

O processo pelo qual estes líderes radicais da ONU esperam alcançar seus objetivos é através dos órgãos que monitoram a aplicação dos tratados da ONU. Caberá a elas encontrar os novos direitos humanos ‘implícitos’ nos textos dos documentos. Os órgãos de monitoração dos tratados irão considerar os aspectos de gênero dos direitos humanos identificando disposições dos tratados que possam ser estendidos de maneira a ‘refletirem mais os interesses das mulheres’. Por exemplo, um Comitê de Monitoração poderia interpretar o direito à vida (artigo 6 do Acordo Internacional de Direitos Civis e Políticos) ou o direito aos cuidados de saúde (contido no Acordo Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ou ainda o direito à não discriminação em função de gênero (contido na Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres), de tal maneira que estes incluam um direito ao aborto.¹⁷³

A função de remodelação interpretativa dos direitos humanos e fundamentais para que se incluía, ainda que implicitamente, um “direito ao aborto”, e que isso se estabeleça como norma obrigatória para todos os países, é reconhecido em memorando pelo próprio Centro de Direitos Reprodutivos, órgão das Nações Unidas, quando afirma: “Nosso objetivo é assegurar que os governos de todo o mundo garantam os direitos reprodutivos, **incluindo o aborto**, a

¹⁷² MONTEIRO, Alberto. *Aborto: recomeça a luta contra a Lei Cavalão de Troia*. 13 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.midiasemmascara.org/artigos/governo-do-pt/15331-2014-07-13-19-35-05.html>. Acesso em: 03 de outubro de 2016, 15:00.

¹⁷³ Disponível em: <http://www.c-fam.org/pdfs/SecretLegalDocuments.pdf>. Acesso em: 03 de outubro de 2016, 15:30.

partir do **entendimento de que eles sejam obrigados a fazê-lo.**¹⁷⁴ (os negritos não constam no original).

O reconhecimento da necessidade de direitos que confirmam proteção às mulheres, especialmente as que se encontram em situação de maior vulnerabilidade no contexto social ou familiar é uma exigência justa dos movimentos feministas, não podendo ser desprezadas. Isso, porém, não pode impedir a percepção de que diversas organizações influentes utilizam esse discurso para atingir fins totalmente alheios à tutela dos direitos das mulheres e que, conforme analisado, passam por uma atenuação do verdadeiro significado do aborto para que ele seja visto como um *direito* e que sirva como meio para o escopo maior de promover o controle demográfico.

Essa segunda estratégia, apesar de grande adesão e influência, não surtiu os efeitos esperados de legalização nos países da América Latina e da África Sub-Saariana. Diante desse novo insucesso parcial, seria preciso acrescentar novo viés estratégico a fim de dar eficácia maior a esse projeto.

Surge, assim, a terceira e atual estratégia, gestada desde o fim do século XX e implantada internacionalmente no início do século XXI, a qual promove o aborto sob as vestes de Política de Redução de Danos ou de “aborto seguro”, e seu foco são os países que se recusaram a adotar a legalização.

Os promotores dessa nova estratégia seguem a lógica da anterior, de concentrar seus discursos na condição da mulher, que se revelaria trágica diante da inexistência de mecanismos legais e institucionais para a realização do aborto. Coloca-se, dessa forma, o nascituro deliberadamente em segundo plano. Nessa linha, a premissa básica para difundir a ideia do aborto como questão de saúde pública é a inevitabilidade dessa prática e a injusta desigualdade entre as mulheres, pois algumas teriam condições de realizar abortos seguros em clínicas privadas por médicos e equipes de sua confiança, enquanto outras não teriam essa possibilidade à disposição e, portanto, acabam por realizar o aborto sob condições altamente inseguras, correndo risco de morte. Manter, portanto, a clandestinidade e a criminalização do aborto seria um atentado à vida e à saúde da mulher e também um reforço à desigualdade.

A adoção da terceira estratégia não exclui as anteriores, mas apenas altera o enfoque, colocando-o na saúde, como método diferente para pressionar de modo eficaz pela liberação do aborto, mesmo sem a necessidade de sua legalização expressa, tendo em vista

174

Disponível

em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1075429&filename=RCP+21/2013. Acesso em: 03 de outubro de 2016; 15:00.

que a ingestão de medicamento abortivo pode ser realizada em âmbito privado, na residência da gestante, bastando que esteja previsto na lista de medicamentos do Ministério da Saúde do respectivo país para que sua compra e consumo sejam facilitados. Isso significa que as nações, como o Brasil, que decidem manter a criminalização do aborto, serão pressionadas a liberar medicamentos e técnicas que viabilizam essa prática sob as vestes de uma política pública de saúde.

Em 2003, a Organização Mundial de Saúde (OMS), órgão pertencente às Nações Unidas, lançou a primeira edição do manual “Aborto Seguro: Guia Técnico e Político para Sistemas de Saúde”, cuja segunda edição ocorreu em 2013. Nesse manual, são apresentados os métodos em que pode ser realizado o aborto, os quais diferem entre si apenas quanto à adequação em conformidade com o estágio de gravidez, de acordo com expressão do próprio manual:

Por exemplo, a maioria dos profissionais treinados pode praticar uma aspiração a vácuo até as 12 semanas de gravidez, enquanto que outros, com experiência suficiente e acesso a cânulas de tamanho adequado podem usar esse procedimento de maneira segura para finalizar uma gravidez de até 15 semanas. (...) Foi ampliada a disponibilidade de métodos farmacológicos seguros e eficazes para induzir o abortamento devido a um aumento do registro e do uso do registro do mifepistrone e do misoprostol.¹⁷⁵

O documento ainda acrescenta que esses fármacos fazem parte dos sistemas de saúde, ou seja, mesmo nos países em que o aborto é formalmente ilegal, o acesso a tais medicamentos comprovadamente abortivos deve ser assegurado.

No ano da primeira edição do manual da Organização Mundial de Saúde, havia o problema de não existir previsão de medicamentos abortivos na Lista da Organização. Porém, em março de 2011, na 17ª Edição da Lista de Medicamentos Essenciais da OMS, ocorreu a inclusão do misoprostol, produto com eficácia abortiva cientificamente comprovada.

Em 2005, o Conselho Populacional, principal organização da fundação Rockefeller quanto ao tema e do controle demográfico, realizou um congresso na cidade do México, em cooperação com a ONG Gynnyty, a IPPF e a *Catholics for Free Choice* (Católicas pelo Direito de Decidir) sobre os “desafios do aborto inseguro na América Latina”. Ao final do encontro, houve a decisão de se criar o “Consórcio Latino Americano Contra o Aborto Inseguro” (CLACAI). Nos anos seguintes, foram fundadas organizações semelhantes na Ásia, na África e na Europa.

¹⁷⁵ Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437_por.pdf, p.37. Acesso em: 03 de outubro de 2016; 17:00.

A CLACAI¹⁷⁶, constituída por 57 organizações, vem trabalhando no sentido de pressionar as autoridades sanitárias dos países latino-americanos, incluindo o Brasil, a liberar e legalizar a venda de drogas de efeitos abortivos, a fim de que o aborto seja implantado mesmo sem a necessidade de sua expressa descriminalização ou legalização.

A perspectiva política e jurídica no plano internacional, especialmente nos países ocidentais e na ONU, que eram favoráveis à proteção do nascituro até o início dos anos 1960, vem se modificando radicalmente nas últimas décadas. Essa mudança, conforme visto, não ocorreu de modo espontâneo, mas se deu pela adoção de estratégias e cooperações envolvendo diversas entidades. Essa alteração traz ampla repercussão principalmente nos países subdesenvolvidos que, tais como o Brasil, são escolhidos para modificar sua legislação e seu entendimento jurisdicional sobre o aborto.

3.3. HISTÓRICO NO BRASIL

O Brasil, no contexto dos países subdesenvolvidos estrategicamente relevantes na promoção do controle populacional, começa a sofrer constante influência por parte das Fundações internacionais a partir da segunda metade do século XX no que concerne a seus financiamentos e a atuações no sentido da promoção do aborto.

A Fundação Ford foi a primeira a abrir seu escritório no Brasil, o que ocorreu em outubro de 1962. Sua atividade ocorre inicialmente por meio de doações a universidades públicas e instituições do governo brasileiro, trazendo como principal justificativa para sua ação direta no Brasil e em outros países subdesenvolvidos a realização de projetos de filantropia. Uma das principais áreas de atuação passou a ser a contenção do crescimento populacional, conforme abordagem da própria Fundação em seu documento de 40 anos de presença no Brasil:

(...) a imensa preocupação com o crescimento populacional levou a Fundação a investir fortemente em programas de pesquisa e formação de recursos humanos nas áreas de biologia reprodutiva e planejamento familiar. Nem uma nem outra dessas duas linhas de atividade sobreviveu na sua forma original, mas, como ambas representam o início de linhas de trabalho que ainda persistem – no primeiro caso através de nosso programa de Meio Ambiente e Desenvolvimento e, no segundo,

¹⁷⁶ Disponível em: <http://www.ritimo.org/Consortio-Latinoamericano-Contra-el-Aborto-Inseguro-CLACAI>. Acesso em: 03 de outubro de 2016; 20:00.

através da área de Sexualidade e Saúde Reprodutiva – é necessário preservar a herança e classificar o trabalho sob as denominações atuais.¹⁷⁷

Esse trecho retrata a adoção pela Fundação Ford das três estratégias mundiais acima analisadas para a promoção do controle populacional por meio da liberação do aborto no Brasil, quais sejam:

- 1º) o uso de medicamentos abortivos e contraceptivos, juntamente com a difusão de centros de pesquisa demográfica para gerar o clima de emergência de controle demográfico;
- 2º) a instrumentalização do discurso feminista de *empoderamento* da mulher (*empowerment*), atrelando os direitos sexuais e reprodutivos à promoção do aborto;
- 3º) a difusão do argumento do aborto como questão apenas de saúde pública.

No bojo da primeira estratégia, o aporte de recursos das Fundações internacionais para criação e desenvolvimento de centros de pesquisa em questões demográficas trouxe um primeiro efeito para o Brasil na direção de integrar grupos e políticos a seu projeto, conforme afirma Jorge Martini:¹⁷⁸

Foram inventados e apresentados, *ad nauseam*, vários modelinhos destinados a demonstrar ao mundo a desgraça que ocorreria se os países não conseguissem reduzir rapidamente seu crescimento. Embora tenham aparecido, imediatamente, sólidos argumentos econômicos que relativizavam as ameaças preconizadas, esta segunda linha de argumentação nunca conseguiu neutralizar a simplicidade atraente da tese controlista. Isso estimulou uma expansão muito rápida da demografia. Ao longo das últimas décadas, foram disponibilizados muito mais recursos fáceis para analisar questões de população do que para trabalhar outros temas sociais igualmente importantes, como nutrição, delinquência, marginalidade, analfabetismo e outros. (...) Rockefeller forneceu recursos para a área de biologia reprodutiva no Brasil, cujos principais beneficiários foram a Cenicamp, cuja figura central era Aníbal Faúndes, e a Universidade Federal da Bahia, no centro coordenado por Elsimar Coutinho.

No ano de 1969, em linha de continuidade à implementação dessa primeira estratégia, uma doação da Fundação Ford permite a criação do CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento), órgão que passa a ser, ao longo das últimas décadas, o principal esteio de estudos e realização de pesquisas em demografia e dinâmicas populacionais do Brasil.

¹⁷⁷ Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/1024_1567_40anosdaFundFordnoBrasil.pdf. Acesso em: 03 de outubro de 2016; 20:00.

¹⁷⁸ Comissão em Defesa da Vida do Regional Sul – 1 da CNBB, *Maior de 2012 – A Nova Estratégia Mundial da Cultura de Morte*. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z6zfoqcyu7hxot95z3c/a-nova-estrategia-mundial-do-aborto.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 13:00.

Na década de 1970, a CEDEPLAR (Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional) passa a receber contribuições financeiras das Fundações Rockefeller e Hewlett para o desenvolvimento dos estudos em demografia, podendo, desde então, promover novos programas de mestrado e, posteriormente, de doutorado nessa área.

A finalidade desse apoio e destinação de recursos, conforme mencionado, era infundir na opinião pública e na classe política brasileira a convicção de que o crescimento populacional configura-se como problema de alta gravidade no país e de que há necessidade do uso de mecanismos de controle de natalidade, além de medicamentos com efeitos abortivos, vendidos como contraceptivos.

Houve atuação concomitante de organizações como a IPAS, visando ao objetivo anteriormente mencionado de intervenção em países subdesenvolvidos estrategicamente selecionados.

A manutenção da ilegalidade do aborto no Brasil, aliado ao crescimento populacional e ao desejo da maioria das mulheres de formar família e ter filhos fez com que, já a partir do final da década de 1970, fosse dado início à implementação da segunda estratégia, do *empoderamento* feminino, relacionado aos *direitos sexuais e reprodutivos*. O enfoque é progressivamente retirado dos estudos sobre demografia e colocado no trabalho sociológico sobre a emancipação feminina, gestado a partir de organismos acadêmicos, dos quais se destaca a Fundação Carlos Chagas:

O marco histórico na trajetória dos campos de estudos sobre a mulher foi a doação feita à FCC para a criação, em 1978, do primeiro Concurso de Dotações para Pesquisa sobre a Mulher Brasileira, que desempenhou importante papel no desenvolvimento da área tanto em pesquisa científica quanto no incentivo à aceitação da nova disciplina que nascia apoiada por essa prestigiosa instituição.¹⁷⁹

A Fundação Ford foi novamente pioneira na adoção desse novo paradigma dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil. Esse processo se desenvolveu, sobretudo a partir da década de 1980, mas o estabelecimento de uma ruptura mais efetiva com a estratégia anterior somente ocorreu a partir dos anos 1990, após a publicação do documento da própria Fundação¹⁸⁰, que determinava a mudança de parâmetro para as demais organizações e movimentos que tinham a defesa do direito ao aborto como pauta, e as Conferências das Nações Unidas se orientaram no mesmo sentido:

¹⁷⁹ Comissão em Defesa da Vida do Regional Sul – 1 da CNBB, *Maio de 2012 – A Nova Estratégia Mundial da Cultura de Morte*. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z6zfoqcyu7hxo95z3c/a-nova-estrategia-mundial-do-aborto.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 13:00.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/1u6ay68kzb0h632n57sg/3-Fundacao-Ford-Saude-reprodutiva-um-estrategia-para-os-anos-90.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2016, 15:00.

A ruptura com a meta controlista consolidou-se em 1990, com a publicação do folheto *Reproductive Health: A Strategy for the 1990s*, com a qual a Fundação Ford liderou a mudança de paradigmas, influenciando os movimentos que resultaram na Plataforma de Ação do Cairo (1994) e no Plano de Ação de Beijing (1995) e os eventos que cercaram as Conferências da ONU nos anos 1990, e sendo influenciada por eles. Sob esse novo paradigma, o programa mudou de nome, passando de População para Sexualidade e Saúde Reprodutiva, e voltou a contar com um assessor. O novo programa fundamenta-se nos conceitos de sexualidade, direitos e relações de gênero e preocupa-se com a formação de serviços eficientes, com a implantação das propostas do Cairo no âmbito nacional, estadual e local e com a produção de conhecimento que possa embasar a formulação de políticas públicas.¹⁸¹

Nesse período, a Fundação MacArthur torna-se a organização internacional de maior atuação no Brasil. Desde 1988, a MacArthur financia projetos e entidades destinados ao controle populacional e de natalidade. Apesar de forte influência da Fundação Ford e das Organizações Rockefeller nas primeiras fases, a MacArthur passou a realizar esse empreendimento de modo mais concentrado no território brasileiro, especialmente por meio do controle indireto sobre as organizações não-governamentais que agem como extensão dessa entidade, a fim de criar condições favoráveis à promoção do aborto e à consecução de políticas de controle populacional.

A Fundação MacArthur tomou como eixo fundamental de sua atuação no Brasil a “Estratégia dos Direitos Reprodutivos”, assumida nos anos 1990 pela Fundação Ford que, segundo o próprio documento, tem por objetivo “reorganizar um programa que fará dos direitos sexuais e reprodutivos sua peça central, e enfatizará os fatores sociais, culturais e econômicos que influenciam a saúde reprodutiva.”¹⁸² Nessa linha, o enfoque mais sociológico, se dirige à tentativa de modificar o panorama político-cultural brasileiro a fim de introduzir na legislação o termo “direitos reprodutivos”, um passo decisivo para a legalização do aborto.

Em 1996, o governo federal começa a seguir as diretrizes propostas pela Conferência do Cairo, a qual faculta a qualquer organização não-governamental, mesmo que não tenha profissionais da área médica em seus quadros, a supervisão, o auxílio e a cooperação com os governos nos serviços de saúde reprodutiva. O governo federal passa, portanto, a permitir uma reorganização da Comissão Intersectorial de Saúde da Mulher, órgão do Conselho Nacional de Saúde, para contar com presença maciça de movimentos feministas.

¹⁸¹ Comissão em Defesa da Vida do Regional Sul – 1 da CNBB, *Maio de 2012 – A Nova Estratégia Mundial da Cultura de Morte*. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z6zfoqcyu7hxot95z3c/a-nova-estrategia-mundial-do-aborto.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 13:00.

¹⁸² FORD FOUNDATION. *Reproductive Health: A Strategy for 1990s (A Program Paper of Ford Foundation)*. New York, June 1991, p.24. Disponível em: <http://www.issuelab.org/resources/8033/8033.pdf>. Acesso em: 29 de setembro de 2016, 20:00.

No mesmo ano, em novembro, foi realizado em Campinas o 1º Fórum Interprofissional para Implementação do Atendimento ao Aborto Previsto na Lei, reunião que contou com o apoio financeiro das Fundações MacArthur e Packard, além do Conselho Populacional, criado na década de 1950 pela Fundação Rockefeller. O objetivo era fazer com que essa etapa estratégica servisse para a difusão dos serviços de aborto legal, já excepcionados pela Lei penal, para outras redes hospitalares do país, trazendo como recomendação inicial que o procedimento do aborto fosse realizado nas doze primeiras semanas de gestação.

Em 1998, o Ministério da Saúde expede Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, com o escopo de regularizar a prática do aborto quando a gestante é vítima de estupro. O prazo para a realização do aborto nesses casos, anteriormente fixado pelos protocolos internos das clínicas de aborto “legal” em 12 semanas, passa para 20 semanas, e a necessidade de apresentação de exame de corpo de delito comprobatório é substituída pela exigência apenas de Boletim de Ocorrência.

Em maio de 2002, o Presidente da República publica o novo Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 2), que segue as diretrizes da Conferência de Beijing, e fixa como um dos principais objetivos “apoiar o alargamento dos permissivos para a prática do aborto legal em conformidade com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no marco da plataforma de Ação de Pequim”, contido na Meta 179.

Ainda em 2002, a Fundação MacArthur emite um Relatório cujo conteúdo são os avanços políticos sobre sua área de atuação e que, nos dez anos seguintes, o Brasil já estaria preparado para introduzir o aborto por vias legais. Após a emissão do Relatório, a MacArthur decidiu retirar-se do território brasileiro, deixando, no entanto, aplicados vultosos recursos financeiros, administrados pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) para que a Comissão de Cidadania e Reprodução (CCR) desse continuidade aos trabalhos e projetos da Fundação. Apesar do otimismo do relatório, não se previu que, durante os dez anos seguintes, a população brasileira se manteria majoritariamente contrária à legalização do aborto, causa de grande entrave para os projetos e objetivos da Fundação.¹⁸³

Em 2004, a MacArthur edita o relatório *The Population and Reproductive Health Programme in Brasil 1990-2002: Lessons Learned* (A População e os Programas de Saúde

¹⁸³ Pesquisa IBOPE realizada no final do ano de 2014 constatou que 79% da população brasileira é contrária à legalização do aborto. Disponível em: http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2014/09/estado-04092014_Ibope_-Quase-80-s%C3%A3o-contra-legalizar-maconha-e-aborto-Politica-Estado.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2016, 15:00.

Reprodutiva no Brasil 1990 – 2002: Lições Aprendidas)¹⁸⁴, que explica porque o Brasil foi escolhido por essa organização para atuação mais focada, quais os avanços que deveriam ser obtidos e quais o foram efetivamente, além da importância das ONG's, na adoção da abordagem estratégica para legitimação social e a legalização progressiva do aborto, conforme o consta no próprio documento:

A Fundação MacArthur decidiu em 1988 trabalhar no Brasil com questões populacionais e de saúde reprodutiva. O Brasil foi escolhido porque seu ambiente político permitiria que as ONGs influenciassem a política e a prática. A abordagem estratégica da Fundação MacArthur é a de trabalhar com organizações e indivíduos da sociedade civil que são ou podem tornar-se agentes de mudança dentro do país. A MacArthur identificou as ONGs que poderiam utilizar-se do financiamento externo para desenvolver sua capacidade de produzir mudanças. Essas atividades se concentram em alguns pontos, entre as quais a criação de um conjunto de leis que permitisse às mulheres obter abortos e outros serviços necessários. No Brasil, a batalha do aborto havia alcançado um impasse legal.(...) O primeiro grande salto foi dado em 1989, com o estabelecimento em São Paulo do primeiro serviço público que oferecia o aborto nos dois casos previstos em lei. Depois disso, outro grande salto ocorreu em 1998, quando o Ministro da Saúde, apesar da grande oposição, aprovou as Normas Técnicas do aborto legal em casos de estupro ou risco de vida para a mãe. **Embora a lei do aborto não tenha sido alterada, a prática evoluiu.** (...) Criou-se um ambiente para uma aceitação progressiva de uma legislação mais liberal que incluiria outras circunstâncias em que o aborto seria permitido. A Norma Técnica para o aborto em casos de estupro e risco de vida para a mãe é considerada por muitos como o principal avanço da década em termos de direitos sexuais e reprodutivos. A lei do aborto mudou pouco, mas os serviços de aborto em casos de estupro e risco de vida da mulher expandiram-se rapidamente. **A maioria dos estudiosos considera que agora somente existe uma única reforma principal que deve ser tentada: a completa legalização do aborto.** (os negritos não constam no original).¹⁸⁵

Diante da recusa da maioria do povo e dos parlamentares brasileiros em legalizar o aborto, diferentemente do esperado pela MacArthur, os anos seguintes foram de tentativas de implantação gradual do aborto por vias não legislativas.

No mês de dezembro de 2004, o Presidente da República colocou em vigor o Plano Nacional de Política para as Mulheres, o qual estabelece que seguirá as recomendações da Conferência de Beijing e revisará a legislação punitiva sobre o aborto – a que se refere sob a denominação de “interrupção voluntária da gravidez”. A Prioridade 3.6 do Plano estabelece expressamente esse objetivo:

Prioridade 3.6. Revisar a legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.
Proposta MS/SPM 2005: Constituir uma Comissão Tripartite, com representantes do poder executivo, poder legislativo e sociedade civil para discutir, elaborar e

¹⁸⁴ Disponível em: [http://www.rhm-elsevier.com/article/S0968-8080\(05\)25165-0/pdf](http://www.rhm-elsevier.com/article/S0968-8080(05)25165-0/pdf). Acesso em: 05 de novembro de 2016; 21:00.

¹⁸⁵ Disponível em: <http://www.pesquisasedocumentos.com.br/MacArthur.pdf>. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 14:00.

encaminhar proposta de revisão da legislação punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez.¹⁸⁶

Em 2005, o governo federal emite o Segundo Relatório Periódico ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, comprometendo-se expressamente em revisar a legislação sobre o aborto para amoldá-la à Conferência de Beijing, sob as alegações de garantir o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos e de tratar o procedimento abortivo como questão de saúde pública:

O atual governo brasileiro assumiu o compromisso de revisar a legislação repressiva brasileira sobre o aborto para que se respeite plenamente o princípio da livre eleição no exercício da sexualidade de cada um. O Código Penal brasileiro data de 1940. Apesar das reformas que se introduziram, persistem algumas cláusulas discriminatórias. O próprio Código estabelece duras penas para quem aborta, exceto em casos de risco iminente para a mãe e nas gestações frutos de estupro. A legislação brasileira ainda não se ajustou à recomendação da Plataforma de Ação da Conferência Mundial de 1995 sobre a Mulher, realizada em Pequim, na qual o aborto foi definido como questão de saúde pública. O Governo do Brasil confia que o Congresso Nacional leve em consideração um dos projetos de lei que foram encaminhados até ele para que seja corrigido o modo repressivo com que se trata atualmente o problema do aborto.¹⁸⁷

Em 2005, o Ministério da Saúde expede nova Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, prescrevendo que, nos casos de aborto em decorrência de estupro, não haveria prazo para sua realização, podendo ocorrer até o final da gravidez, e não seria exigido sequer Boletim de Ocorrência, pois a palavra da gestante gozaria de presunção de veracidade e caberia apenas ao médico responsável investigar e se convencer da ocorrência do estupro para realizar o aborto.

Em 2005, o governo federal expede a segunda Norma Técnica de Atendimento Humanizado ao Aborto Provocado¹⁸⁸, cuja pretensão, segundo o próprio texto, é o de estabelecer e consolidar novos padrões culturais, dissociando valores individuais, morais, éticos e religiosos, da prática profissional. No mesmo ano, no dia 11 de abril, o governo federal se compromete perante o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas a revisar a legislação penal sobre o aborto, adequando-a à Conferência de Beijing, conforme consta no documento do Segundo Relatório Brasileiro relativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1996:

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/pnpm/plano-nacional-politicas-mulheres.pdf>, p.71. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 15:00.

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/hrcs85.htm>. Acesso em 06 de novembro de 2016, 17:00.

¹⁸⁸ Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf. Acesso em 06 de novembro de 2016, 18:00.

O atual governo brasileiro assumiu o compromisso de revisar a legislação repressiva do aborto. (...) A legislação brasileira ainda não se ajustou à recomendação da Plataforma de Ação da Conferência Mundial de 1995 sobre a mulher, realizada em Pequim, na qual o aborto foi definido como questão de saúde pública. O Governo do Brasil confia que seja corrigido o modo repressivo com que se trata atualmente o problema do aborto.¹⁸⁹

No dia 21 de dezembro de 2009, o governo federal aprova o terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3) por meio do Decreto n. 7.037¹⁹⁰. Constava como conteúdo desse Plano as seguintes orientações relativas ao aborto: “Apoiar a aprovação de projetos de Lei que descriminalizam o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos” e “Considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia de acesso aos serviços de saúde”. Percebe-se a instrumentalização do discurso de emancipação e *empoderamento* feminino no bojo dos *direitos sexuais e reprodutivos* e o tratamento do tema do aborto como questão de saúde pública, rechaçando de início a discussão quanto à necessidade de proteção à vida humana intrauterina como valor a ser preservado.

A crescente indignação popular e das organizações contrárias à legalização do aborto no Brasil transpareceu especialmente no VI Encontro Nacional dos Movimentos Pró-Vida, que reforçou, por meio do documento de declaração pública, a necessidade de proteção à vida contra a agenda contrária. O documento foi assinado, em 14 de março de 2010 por dezenas de organizações, dentre as quais se incluem Movimento Legislação e Vida, Pró-Vida de Anápolis, Federação dos Movimentos de Defesa da Vida, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Associação Nacional das Mulheres pela Vida.

Diante desse quadro, o Presidente da República expediu novo decreto, sob o número 7.177, em 12 de maio de 2010, alterando pontualmente as previsões mais polêmicas do PNDH 3, dentre os quais se encontram as prescrições referentes ao aborto, afastando a linha radical prevista em 2009. Entretanto, no mesmo ano, o governo federal firmou Termo de Compromisso com a Fundação Oswaldo Cruz no sentido da formação de grupos de estudos cujo cerne era “Estudo e Pesquisa para despenalizar o aborto no Brasil e fortalecer o Sistema Único de Saúde – SUS”.

¹⁸⁹ Disponível em: <http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/2RELATORIOBRASILEIRO1966.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2016: 20:00.

¹⁹⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm. Acesso em 06 de novembro de 2016: 20:30.

Em 2010, é concluído e aprovado o documento da XI Conferência Regional sobre Mulher da América Latina e do Caribe¹⁹¹, realizada pela Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres, do governo federal, em conjunto com a Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL), órgão da ONU. A conclusão do documento é de que há necessidade de legalização do aborto, visto que essa prática serviria como instrumento de promoção da saúde e da concretização dos direitos sexuais e reprodutivos, e que seria preciso realizar a revisão das medidas punitivas contra as mulheres que tivessem cometido aborto anteriormente.

Outra ação colocada em prática pelo governo federal ocorreu em 2012, através do Ministério da Saúde, por meio da expedição de uma cartilha contendo instruções às mulheres sobre o uso de drogas abortivas cuja comercialização é proibida no Brasil. O Ministério da Saúde, mediante o chamado “Protocolo Misoprostol”¹⁹² desenvolveu a cartilha que se destinaria, a princípio, apenas a profissionais especializados da área de saúde; houve, porém, mais de 250 mil tiragens, número dez vezes maior que a quantidade de médicos atuando na área de saúde da mulher, o que implica que tais cartilhas se destinavam à população em geral.

O conteúdo dessas cartilhas era um claro incentivo à prática do aborto: a gestante era instada a comprar uma droga com efeitos abortivos, como o misoprostol, em qualquer farmácia e, em sua residência, fazer uso desse medicamento. Quando os efeitos de sangramento adviessem, a gestante seria encaminhada para atendimento em pronto socorro, no qual os médicos seriam obrigados a operar a “limpeza do útero”, ou seja, a eliminação definitiva do nascituro. Como haveria dificuldades para a identificação da causa real do sangramento – se foi de ordem natural ou induzida por efeito de certo medicamento – a mulher não seria apenada.

Percebe-se que essa ação governamental, ao ser implementada, permitiria uma liberação insidiosa do aborto, desconsiderando completamente a previsão de tal prática como delito pela legislação penal brasileira. Verifica-se, nesse plano, um claro incentivo governamental ao crime. A distribuição de cartilhas que incitem ao aborto como política pública comprova o engajamento prático do governo no início da utilização da 3ª estratégia internacional.

¹⁹¹ Disponível em: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=4273:xi-conferencia-regional-sobre-mulher-america-latina-caribe&catid=1273:noticiasfgcv&Itemid=821 Acesso em 06 de novembro de 2016: 21:00.

¹⁹² Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_utilizacao_misoprostol_obstetricia.pdf. Acesso em 06 de novembro de 2016, 22:00.

Em 2013, devido à frustração no uso das cartilhas, o Ministério da Saúde apresenta um Projeto de Lei que foi votado e aprovado como PLC n. 03/2013¹⁹³, referente ao atendimento e tratamento a ser conferido às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. O artigo 1º prescreve que os hospitais têm o dever de oferecer atendimento integral às mulheres em todos os casos de agravos decorrentes de violência sexual. O artigo 2º, no entanto, prevê que se considera violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida. Apesar de o projeto não mencionar a palavra “aborto”, a expressão “atendimento integral”, segundo definem as normas técnicas da área da saúde, inclui expressamente o aborto. Isso significa que, a despeito da norma penal que deixa de punir a prática abortiva apenas nas hipóteses de estupro ou de risco de vida à gestante, o projeto busca incluir, de modo velado, um permissivo do aborto, referente a todos os casos de atividade sexual não consentida.

Esse novo dispositivo permite à gestante que alegar ter sido vítima de prática sexual não consentida – em razão da desnecessidade até mesmo de Boletim de Ocorrência – o direito de realizar o aborto, não importando em que período gestacional ela se encontra. Não seria sequer possível a comprovação de que a mulher não consentiu com o ato sexual, pois a palavra dela teria presunção absoluta de veracidade e de certeza, não para a punição do pretenso autor do ato sexual, mas para causar a morte do nascituro. Não há, além disso, previsão legal de objeção de consciência por parte do médico que eventualmente se recusasse a realizar o aborto nessa situação, haja vista que o dever de “atendimento integral” abrange todos os hospitais, públicos e particulares, e, portanto, todos os profissionais que atuam nessa esfera. Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o projeto foi sancionado pela Presidência da República como Lei nº 12.845/2013.

No dia 21 de maio de 2014, é publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 415 do Ministério da Saúde, que buscou regulamentar essa Lei. A Portaria, em seu artigo 1º, estabelece que fica incluído na Tabela de Procedimentos, Medicamentos, Próteses/Órteses e Materiais Especiais do SUS, a interrupção da gestação e a antecipação terapêutica do parto previstas em Lei.

Em face dessa regulamentação, a prática do aborto estaria legitimada mediante uma simples norma regulamentadora de Lei que abria espaço insidiosamente para isso, não fosse a reação de movimentos que lutaram pela revogação dessa norma, o que ocorreu em 29 de maio de 2014.

¹⁹³ Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=247279&norma=266868>. Acesso em: 15 de novembro de 2016, 20:00.

A ausência da esperada legalização do aborto por vias legislativas e administrativas, em razão da posição contrária da opinião pública, fez com que muitos movimentos e organizações defensores da liberação do aborto modificassem seu foco de atuação no início do século XXI. A mudança se dá principalmente pela retirada do enfoque nos *lobbies* frente ao Poder Legislativo e a impetração de ações perante o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula desse Poder, considerado intérprete máximo da Constituição Federal e cujos membros não são eleitos pelo voto popular para mandato fixo, mas nomeados pelo Presidente da República e com cargo vitalício até a aposentadoria compulsória. Essa mudança estratégica começou a surtir efeitos positivos para os defensores da ampliação do aborto legal, especialmente com o êxito obtido por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 em 2012, conforme visto no Capítulo anterior.

Em novembro de 2016, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal emitiu decisão em sede de Habeas Corpus sob o nº 124.306¹⁹⁴ no sentido de afastar a prisão preventiva de cinco réus que respondem por crime de aborto em clínica clandestina. Apesar de a parte dispositiva da decisão se referir apenas ao cabimento da preventiva e ter eficácia apenas entre as partes do processo (*inter partes*), o Ministro Luís Roberto Barroso, em sua fundamentação, entrou no mérito sobre a legitimidade constitucional do aborto nos três primeiros meses de gestação, afirmando posição favorável a essa tese. As justificativas para esse posicionamento são o respeito aos *direitos sexuais e reprodutivos* da mulher, o tratamento do aborto como questão de saúde pública e a pretensa ineficácia da criminalização para a proteção ao bem jurídico *vida*. Essa fundamentação, cujos argumentos são semelhantes aos evocados pelos agentes internacionais que buscam a legalização do aborto, muito embora não constitua por si só precedente para outras decisões nem tenha efeito vinculante, revela um indício de que possíveis ações judiciais futuras no âmbito dessa Corte podem ensejar oportunidades para maior relativização do direito à vida do nascituro.

3.4. ESTATÍSTICAS E ALEGAÇÕES SOBRE O ABORTO

Há duas alegações por parte dos defensores da legalização do aborto que devem ser analisadas quanto à sua veracidade:

1º) a legalização serve como mecanismo para diminuir o número de abortos;

¹⁹⁴ Disponível em: s.conjur.com.br/dl/hc-voto-aborto-lrb.pdf. Acesso em: 01º de dezembro de 2016, 13:00.

2º) tornar o procedimento legal traz benefícios à saúde da mulher e acarreta diminuição da mortalidade materna, pois a gestante poderia se valer dos serviços de uma clínica especializada ao invés de recorrer às clandestinas.

Deve-se tomar como base a experiência histórica de países que passaram pela liberalização do aborto a fim de verificar se tais argumentos procedem.

Os dados estatísticos nos Estados Unidos, por exemplo, mostram que, após a liberação da prática abortiva em 1973 com a decisão da Suprema Corte no caso *Roe vs. Wade*, houve uma elevação de praticamente 600% no número de abortos provocados, partindo de menos de 200.000 abortos ilegais em 1970, atingindo o auge de aproximadamente 1.500.000 no final da mesma década. O número de abortos provocados nos períodos subsequentes, apesar de ser pouco menor em relação ao final da década de 1970, permanece sendo substancialmente maior do que nas décadas anteriores à liberação de sua prática, atingindo, em 2008, mais de 1.200.000 por ano.¹⁹⁵ Consta ainda que, de 1973 a 2016, houve a prática de aproximadamente 59.400.000 abortos nos Estados Unidos, o que acarreta uma média de quase 1.400.000 abortos por ano, número muito maior do que nos períodos anteriores à sua liberação.¹⁹⁶

Dentre os países europeus que apostaram na legalização, verificou-se também um aumento exponencial do número de abortos provocados, crescimento proporcionalmente muito superior ao crescimento populacional.

A Suécia, um dos primeiros países europeus a proceder à legalização, em 1939, constatou grande aumento do número de abortos, de 430 no ano de 1939 para 37.698 em 2010.¹⁹⁷ A Espanha, que legalizou o aborto em 1985, sofreu um aumento de quase 500% nessa prática, de 16.766 em 1987 para 188.359 em 2010.¹⁹⁸

Quanto ao argumento de que legalizar o aborto é questão de saúde pública porque diminui a mortalidade materna, os dados estatísticos também demonstram a falsidade dessa afirmação. O Chile, por exemplo, que possui Leis bastante restritas em relação à prática

¹⁹⁵ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf)
Acesso em 07 de novembro de 2016, 13:00.

¹⁹⁶ Disponível em: www.numerofabortions.com

Acesso em 07 de novembro de 2016, 15:00.

¹⁹⁷ Disponível em: <http://www.johnstonsarchive.net/policy/abortion/ab-sweden.html>.

Acesso em 07 de novembro de 2016, 18:00.

¹⁹⁸ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf)
Acesso em 07 de novembro de 2016, 20:00.

abortiva, mantém uma das taxas mais baixas de mortalidade materna na América Latina, havendo constante diminuição desde a década de 1960. Na Índia, entretanto, o aborto é legalizado, mas a mortalidade materna é muito alta, sendo de 200 para cada 100.000 nascimentos. A Polônia, que tornou o aborto legalizado durante o período sob o governo comunista, quando, na década de 1990 voltou a criminalizá-lo, verificou uma diminuição da mortalidade materna, de 11 em 1993, para 2 em 2010.¹⁹⁹

Esses dados, apesar de demonstrarem a falsidade do argumento de que a legalização provocaria diminuição da mortalidade materna, não demonstram necessariamente a tese oposta, ou seja, de que a restrição legal ao aborto é o fator decisivo que permite a diminuição desse índice. A questão de saúde pública é, certamente, muito mais complexa e diversos outros fatores podem intervir como, por exemplo, o maior ou menor acesso das mulheres de todas as classes sociais a serviços de saúde de melhor qualidade.

Outra alegação que deve ser questionada é de que, no Brasil, são realizados entre 1 milhão e 1,5 milhão de abortos por ano, e de que somente a legalização pode permitir às mulheres o uso de serviços de saúde seguros para a prática abortiva.

Para que possam ser analisados esses números, é importante saber de onde e como eles surgiram. O fornecimento de tais dados provém do Instituto Alan Guttmaher, vinculado à IPPF – organização internacional promotora do aborto – e do IPAS – substituto direto da USAID, que recebe financiamento para promover o aborto especialmente em países estrategicamente relevantes como o Brasil. O Instituto Alan Guttmaher diz que, para calcular o número de abortos, verifica-se o número de internações hospitalares e multiplica-se por cinco. O IPAS multiplica o número de internações por seis. Porém, não há explicação alguma sobre o motivo de se utilizar tais fatores de multiplicação. Esses fatores, portanto, são arbitrários.

É possível, no entanto, chegar a uma estimativa mais próxima da realidade a respeito desse tema. Em 2013, houve pouco mais de 200 mil internações hospitalares devido ao aborto no Brasil, somados os espontâneos e os provocados. O DataSUS calcula que entre 20 a 25% das internações ocorrem por aborto provocado, o que daria um número absoluto de aproximadamente 50 mil por ano. Em 2010, foi realizada uma Pesquisa Nacional de Aborto, num convênio entre a Universidade de Brasília (UnB) e a ONG ANIS – organização favorável à ampliação das hipóteses de aborto legal. Nesse convênio, calculou-se que, para

¹⁹⁹ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 07 de novembro de 2016, 20:00.

cada duas mulheres que abortam, uma recorre à internação hospitalar. No cômputo geral, estima-se, portanto, que haja por volta de 100 mil abortos por ano no Brasil²⁰⁰, número muito inferior aos apresentados pelo IPAS e pelo Instituto Alan Guttmaher.

Em comparação com países cujo aborto é legalizado, o Brasil realiza, proporcionalmente à sua população, muito menos intervenções abortivas. A França, onde a legalização ocorreu há mais de 40 anos, realiza 10 vezes mais abortos, e a Suécia, cujos números de aumento após a legalização foram apresentados acima, promove 8 vezes mais.

A manipulação de dados estatísticos e de pesquisas com relação aos números do aborto a fim de favorecer sua legalização já era praticada há várias décadas, sendo inclusive utilizada essa estratégia nos Estados Unidos precisamente no período em que ocorreu o julgamento do caso *Roe vs. Wade* pela Suprema Corte. O doutor Bernard Nathanson, antigo defensor do aborto e atualmente contrário a essa prática, explica com mais detalhes o uso da estratégia de manipulação dos números:

Dizíamos, em 1968, que na América se praticavam um milhão de abortos clandestinos, quando sabíamos que estes não ultrapassavam os cem mil, mas esse número não nos servia e multiplicamos por dez para chamar a atenção. Também repetíamos constantemente que as mortes maternas por aborto clandestino se aproximavam de dez mil, quando sabíamos que eram apenas duzentas, mas esse número era muito pequeno para a propaganda. Nós nos lançamos para a conquista dos meios de comunicação social, dos grupos universitários, sobretudo das feministas. Eles escutavam tudo o que dizíamos, inclusive as mentiras, e logo divulgavam pelos meios de comunicação social, base da propaganda.²⁰¹

Outro trecho que expressa a ampla manipulação da opinião pública é trazido por Nathanson, numa entrevista citada por John Powell:

Havia apenas silêncio da parte da oposição. Enredamos a opinião pública numa sucessão de falácias, de desonestidade, de estatísticas e de dados forjados; afagamos, acariciamos e alisamos a imprensa. Pedimos contribuições a várias fontes e, em um único ano, conseguimos derrubar a lei do aborto do Estado de New York e consagrar, da noite para o dia, a cidade de New York como a capital mundial do aborto. Nós nos autodenominávamos militantes pró-aborto e pró-escolha. Mas, na verdade, não éramos mais do que ‘abortólifos’ que gostam do aborto.²⁰²

²⁰⁰ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 07 de novembro de 2016, 22:00.

²⁰¹ NATHANSON, Bernard. *Eu pratiquei cinco mil abortos (Conferência realizada no Colégio Médico de Madrid)*. Revista Fuerza Nueva, 5 de novembro de 1982. Apud: SAMPAIO, Ana Cecília de Campos. *Aborto: argumentos e números inconsistentes*. Disponível em: <http://www.universocatolico.com.br/index.php?/aborto-argumentos-e-numeros-inconsistentes.html>. Acesso em 08 de novembro de 2016, 13:00.

²⁰² POWELL, John. *Aborto: o holocausto silencioso*. São Paulo: Editora Loyola, 2006, p.88.

Não é, pois, coincidência que os falsos números referentes à quantidade de abortos e de mortalidade materna em decorrência dessa prática sejam idênticos quando comparamos os Estados Unidos do início da década de 1970 e o Brasil no início do século XXI, levando-se especialmente em consideração que a população norte-americana à época era algo próximo a 200 milhões de habitantes, número praticamente idêntico ao do Brasil de hoje. Os números são muito semelhantes em vista de sua utilização na estratégia de convencer a população de que o aborto é uma prática inevitável e que o único modo de reduzir seus números é por meio da sua legalização. Percebe-se não apenas o uso da mesma estratégia de manipulação, mas também de números próximos a fim de que surtam semelhante efeito na opinião pública e nos políticos.

A perita suíça Patrícia Schulz, da Organização das Nações Unidas, denunciou o Brasil por não flexibilizar a Lei que criminaliza o aborto, afirmando que a rigidez legal brasileira é a responsável pela morte de 200 mil mulheres em cirurgias clandestinas.²⁰³

Essa afirmação, do ano de 2012, não encontra respaldo na realidade. Em 2011, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou que a quantidade de óbitos totais de mulheres naquele ano havia sido de 492.887, dos quais apenas 66.497 era de mulheres em idade fértil. O DataSUS, no mesmo ano de 2011, divulgou que o número de mulheres mortas em razão de procedimento abortivo (morte materna obstétrica direta) foi de 135, número muito distante dos 200 mil apresentados pela perita das Nações Unidas.²⁰⁴

3.5. APORTES NECESSÁRIOS AO ENTENDIMENTO DAS ESTRATÉGIAS ABORTIVAS

Essas estatísticas e afirmações falsas a respeito do aborto com o escopo de promovê-lo mundialmente, em especial nos países subdesenvolvidos escolhidos para atuação mais intensa, como é o caso do Brasil, revelam que elas fazem parte de um conjunto estratégico desenvolvido pelos agentes que buscam relativizar o valor da vida humana

²⁰³ CHADE, Jamil. *ONU critica legislação brasileira e cobra país por mortes em abortos de risco*. 17 de fevereiro de 2012, 19h24. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,onu-critica-legislacao-brasileira-e-cobra-pais-por-mortes-em-abortos-de-risco,837316>. Acesso em 08 de novembro de 2016, 15:00.

²⁰⁴ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 08 de novembro de 2016, 16:00.

intrauterina a fim de facilitar o caminho de legalização do aborto como meio para o controle populacional. A finalidade maior colocada desde o princípio, conforme se demonstrou, é a concretização de condições para a paz mundial, sendo que esse objetivo só poderia ser atingido mediante a contenção demográfica em países subdesenvolvidos estrategicamente selecionados, como o Brasil.

A preocupação de retorno gradual a uma mentalidade eugenista, ou seja, de selecionar aqueles que podem ou não viver, continua presente, tendo em vista que o desenvolvimento das biotecnologias e das formas de manipulação genética e embrionária, aliada à relativização recente do valor da vida do nascituro, incentivam a formação de uma cultura que considera normal essa prática.

Diante desse quadro histórico com reflexos nacionais, é perceptível que os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro atual são insuficientes para assegurar a efetividade do direito à vida do nascituro. É preciso, portanto, verificar a possibilidade de novos mecanismos que garantam esse direito no bojo do contexto histórico contemporâneo.

CAPÍTULO 4 – PERSPECTIVAS DE DEFESA DA VIDA DO NASCITURO

Conforme demonstrado anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro, em todos os seus níveis de normatização, encontra-se comprometido em assegurar o direito à vida desde a concepção. Esse reconhecimento, no entanto, não permite olvidar que nos encontramos diante de um contexto histórico em que se evidencia a implantação gradual e contínua de uma cultura que impõe a relativização do direito à vida humana intrauterina, ou seja, a atuação estratégica de organizações com objetivos de controle populacional acaba por promover mecanismos políticos e jurídicos que buscam diminuir ou mesmo deixar de reconhecer o valor da vida desde primeiras etapas de seu desenvolvimento. A atuação dessas organizações em países estratégicos, como o Brasil, no sentido de incentivar direta ou indiretamente um pretense “direito ao aborto” é fenômeno que deve servir de parâmetro para a percepção da insuficiência atual do sistema jurídico brasileiro no que se refere à defesa da vida e da dignidade do nascituro.

Diante dessa compreensão, torna-se necessário analisar meios de criação e aplicação de outros instrumentos no plano do direito positivo que confirmam maior efetividade a esse direito.

Existem perspectivas e projetos novos que merecem análise, devendo ser trazidos à baila ao menos alguns dos principais. São os seguintes:

1º) Proposta de Emenda Constitucional ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que prescreva expressamente a defesa do direito à vida desde a concepção.

2º) Propostas de Normatização para o Aborto nos Casos de Estupro.

3º) Propostas de Normatização para o Aborto nos Casos de Nascituros com Anencefalia.

4º) Tutela Jurídica do Embrião.

5º) Tutela Jurídica da Gestante.

6º) Projeto de Estatuto do Nascituro.

Esse rol não é exaustivo, pois a discussão e o envolvimento da sociedade civil e das instituições políticas representativas sobre o tema certamente ajudam a promover o surgimento de novos projetos, mecanismos jurídicos e formas de atuação que garantem a máxima tutela possível do direito fundamental à vida do nascituro.

4.1. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 29 de 2015²⁰⁵, que altera o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, para acrescentar à inviolabilidade do direito à vida a expressão “desde a concepção”. Esse projeto é de autoria de diversos senadores e encontra-se atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), aguardando designação do Relator desde dezembro de 2015.

A eventual aprovação dessa Proposta daria maior clareza na explicitação, em âmbito constitucional, daquilo que já vem sendo adotado pelos tratados internacionais de direitos humanos analisados anteriormente, em especial na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 4º, item 1, que reconhece o momento da concepção como termo inicial para a proteção ao direito à vida.

Uma das objeções que poderia ser apresentada se refere à desnecessidade de uma Emenda Constitucional que tornasse explícito algo já previsto em tratados de direitos humanos, considerados de hierarquia supralegal. Porém, a análise do contexto histórico de relativização da vida intrauterina evidencia a necessidade de que a Constituição afaste qualquer dúvida de interpretação quanto ao reconhecimento jurídico do início da vida humana e de sua proteção. Torna-se, portanto, uma garantia ao nascituro que o principal de seus direitos existenciais seja reconhecido constitucionalmente pelo Estado brasileiro.

Outra questão importante é: caso seja aprovada a Proposta de Emenda, a expressão “desde a concepção” passaria a ser cláusula pétrea, tornando-se irrevogável por eventual Emenda Constitucional posterior? No âmbito dessa discussão, duas interpretações são possíveis:

1ª) O novo conteúdo é cláusula pétrea pois o artigo 60, Parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir *direitos e garantias individuais*. A emenda que reconhece o direito à vida *desde a concepção* torna explícito esse direito individual, garantido pelo Estado e atribuído ao nascituro. Dessa forma, não poderá existir qualquer proposta que intente abolir esse direito expressamente reconhecido.

²⁰⁵ Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-34963%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-34963%20(1).pdf). Acesso em 08 de novembro de 2016, 19:00.

2ª) Não é cláusula pétrea pois uma Emenda Constitucional, em razão de sua própria origem no Poder Constituinte Reformador ou Derivado, e não no Originário. Isso impediria a instituição de novas cláusulas pétreas à Constituição.

Nessa possível discussão, deve-se compreender que a Constituição, em seu artigo 60, Parágrafo 4º, ao instituir normas que não podem ser objeto de deliberação por Proposta de Emenda tendente a aboli-las, não discrimina que tais normas sejam fruto exclusivamente do Poder Constituinte Originário. Além disso, a diferenciação doutrinária entre Poder Constituinte Originário e Reformador não significa que existam duas fontes constituintes de importâncias diversas, mas uma única, conforme se depreende pela leitura do trecho de José Afonso da Silva:

No fundo (...) o agente, ou sujeito da reforma, é o *poder constituinte originário*, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige.²⁰⁶

Do mesmo modo que um tratado internacional de direitos humanos com *status* constitucional, aprovado pelo Congresso na forma de Emenda – tal como o tratado sobre o direito de pessoas com deficiência – acresce direitos individuais à Constituição, assumindo essas normas a condição de cláusulas pétreas, ocorrerá o mesmo com a adição de direito individual diretamente por Emenda, como é o caso da proteção ao direito à vida *desde a concepção*. Desse modo, a melhor opção ao intérprete do direito é, uma vez aprovada a Proposta de Emenda Constitucional em questão, considerar como cláusula pétrea o direito à vida desde a concepção, o que impede qualquer poder de reforma posterior de criar norma tendente a abolir esse direito.

4.2. PROPOSTAS DE NORMATIZAÇÃO PARA O ABORTO EM CASOS DE ESTUPRO

A legitimidade para a realização do aborto em casos de estupro é conferida por Nelson Hungria: “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade

²⁰⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editora, 37ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013, p.67.

odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará o horrível episódio da violência sofrida.”²⁰⁷

A afirmação de Ronald Dworkin enfatiza esse posicionamento:

Exigir que uma mulher dê à luz uma criança concebida em um contexto de tamanha agressão é especialmente destrutivo para sua realização pessoal, uma vez que frustra sua escolha criativa não apenas no sexo, mas também na reprodução.²⁰⁸

De acordo com dados do 9º Anuário de Segurança Pública do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), realizado em 2015, o número absoluto de estupros registrados no ano anterior foi de 47.646.²⁰⁹ Cerca de 7% dos casos de estupro resulta em gravidez, segundo estudo realizado em abril de 2011 pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) com base no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) do Sistema Único de Saúde (SUS).²¹⁰ Depreende-se desses dados que, dentre os estupros notificados, há por volta de 3.500 casos que resultam em gravidez, sabendo-se, porém, que existem inúmeros casos de estupros não noticiados à autoridade policial.

O reconhecimento e a tutela da dignidade sexual da mulher é o fator central que faculta à gestante fazer uso do permissivo legal constante no artigo 128, inciso II, do Código Penal. No entanto, há diversos fatores referentes à regulamentação da prática do aborto sentimental que devem ser analisados.

4.2.1. Prazo para o abortamento

O primeiro aspecto, conforme mencionado nos Capítulos anteriores, é quanto ao prazo para a realização do aborto. As normas infralegais anteriores a 1998 prescreviam prazo de 12 semanas. A partir desse ano, o Ministério da Saúde prolongou o tempo para 20 semanas de gestação até que, em 2005, nova normatização federal deixa de prever qualquer limite temporal máximo, abrindo espaço para que a gestante proceda ao aborto até o final da gravidez, como na 38ª semana, quando o nascituro já encontra-se integralmente formado.

O prazo de 12 semanas era fixado em razão da menor complexidade do feto e da possibilidade de utilização de mecanismos menos invasivos à saúde física da gestante. Nesses

²⁰⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 1942, p.312.

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, tradução: Jefferson Luiz Camargo, revisão da tradução: Silvana Vieira, p.133.

²⁰⁹ Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download/anuario_2015.retificado.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2016, 12:00.

²¹⁰ Disponível em: http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf, p.14. Acesso em 09 de novembro de 2016, 14:00.

casos o aborto pode ser feito pelo método de Aspiração Manual Intrauterina (AMIU), menos lesivo para a mulher. O aborto realizado após esse período, especialmente nas fases finais da gestação, tem a potencialidade de causar danos muito mais intensos à saúde e à vida da mulher, tendo em vista que demandaria a utilização de outras técnicas, como a Curetagem Uterina, capaz de perfurar o útero.²¹¹

Aqueles que são favoráveis à extensão do aborto em quaisquer hipóteses para as 12 primeiras semanas de gestação poderiam questionar nesse ponto: se a gestante que sofreu violência sexual disporia da faculdade de se valer do procedimento abortivo nesse prazo específico, por que essa condição não poderia abranger todos os demais casos? Consta-se, afinal, que existem vários Projetos de Lei nesse sentido.²¹²

A resposta a essa indagação passa pelo fato de que, no caso do aborto sentimental, a dignidade sexual da mulher que sofreu o estupro é um dos bens jurídicos que entra no processo de ponderação de direitos fundamentais, diferentemente da situação em que a gravidez surge em razão de um ato sexual consentido. Isso não significa que nos casos de gravidez resultante de estupro se deixe de reconhecer a existência de vida humana no nascituro desde a concepção, mas o sofrimento psíquico da gestante de carregar em seu ventre um nascituro fruto dessa violência não é algo que possa ser exigido juridicamente sob pena de sanção criminal. Diante disso, deve-se considerar que, ainda que o feto após a 12ª semana possua vida tanto quanto o feto anterior a essa fase, no primeiro há maior complexidade no seu desenvolvimento, inclusive na formação encefálica e na capacidade sensitiva, além do que os potenciais danos físicos à própria gestante seriam maiores. Portanto, o prazo de 12 semanas para a realização do aborto humanitário é uma proposta que encontra maior viabilidade em termos de ponderação de direitos e valores constitucionalmente reconhecidos.

Esse prazo, no entanto, é sugestivo, sendo cabível maior discussão no âmbito da sociedade civil, de suas instituições representativas e dos profissionais que lidam de modo mais próximo com a mulher, a fim de que em algumas hipóteses excepcionais, esse período possa ser mais alargado, como nas situações em que a mulher não recebeu o atendimento médico na sua localidade em tempo suficiente ou em que, diante das circunstâncias, só conseguiu relatar o estupro após o prazo fixado.

²¹¹ Isso é confirmado pela própria Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, de 2005. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento.pdf, p.42. Acesso em 06 de novembro de 2016, 16:30.

²¹² Vide por exemplo o mais recente projeto de lei que busca ampliar as hipóteses de aborto, estendendo-as para as doze primeiras semanas de gestação em todos os casos.

Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C56824CB4454464AC52EBAB995337599.proposicoesWeb1?codteor=1313158&filename=PL+882/2015. Acesso em: 09 de novembro de 2016, 18:00.

A regulamentação infralegal que venha a estabelecer esse período deve ser de amplo conhecimento público, a fim de que a mulher e os profissionais da área de saúde não sejam induzidos a erro.

4.2.2. Indício de Prova

A normatização anterior a 1998 previa que a gestante, para proceder ao aborto humanitário, devia apresentar algum indício de prova do estupro, elencando o exame de corpo de delito como suficiente para suprir esse requisito. Norma Técnica do Ministério da Saúde²¹³, nesse ano, autorizou que fosse apresentado apenas o Boletim de Ocorrência para o procedimento. Em 2005, nova Norma Técnica²¹⁴ admite a desnecessidade de relato do fato delituoso e de apresentação de qualquer indício de prova à autoridade policial, bastando o cumprimento dos procedimentos técnicos perante a equipe de saúde.

Não se pode negligenciar o fato de que a mulher que sofre a violência do estupro – especialmente em determinadas circunstâncias que envolvam, por exemplo, o próprio contexto familiar – muitas vezes não terá condições psicológicas de relatar o crime à autoridade policial e realizar exame de corpo de delito ou registrar Boletim de Ocorrência. O procedimento de atenção humanizada à gestante deve envolver, portanto e necessariamente, a previsão dessas hipóteses.

A dependência *exclusiva* da palavra da mulher ou de seu representante legal diante de um profissional de saúde para que seja realizado o aborto, porém, é fator capaz de gerar inúmeros problemas. Ainda que se leve em consideração que a gestante ou quem a represente legalmente tenha o dever de assinar Termo de Compromisso em que assume total responsabilidade pelo fato relatado, podendo sofrer sanções criminais caso não tenha afirmado a verdade, o procedimento de aborto já terá sido realizado antes que outro indício da veracidade do fato possa ser acolhido. Nesses casos, a vida do nascituro seria sacrificada ainda que o crime de estupro não tivesse ocorrido.

Diante disso, é necessário buscar a melhor regulamentação possível, que leve em consideração tanto as condições psicológicas e as circunstâncias sociais da gestante quanto os

²¹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: Norma Técnica*, Brasília/DF, 1ª edição, 1998. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/c145r92oz79gi30fssc1/3-norma-tecnica-jose-serra-versao-1998.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 17:00.

²¹⁴ SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. *Estatísticas do aborto: Audiência Pública*, 05 de maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). Acesso em 07 de novembro de 2016, 13:00.

perigos a serem evitados nos casos de dependência exclusiva da palavra da mulher ou de seu representante legal.

Nesse sentido, a Lei 11.340/2006, que trata sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, preceitua, nas hipóteses de violência aí elencadas, algumas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e que beneficiam a ofendida. Os artigos 22, incisos II e III, e 23 preveem o seguinte:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

(...)

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor.
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

(...)

Art. 23. Poderá o juiz, quando entender necessário, sem prejuízo de outras medidas

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

Esses dispositivos legais visam a uma finalidade precípua: garantir à ofendida o afastamento do agressor, sem prejuízo dos direitos a ela cabíveis.

O artigo 26, inciso I, prescreve que caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos previstos na Lei 11.340/06, requisitar, quando necessário, força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, dentre outros. O artigo 28 garante a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços da Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

É preciso reconhecer que a falta de informação e de conhecimento sobre esses direitos pelas mulheres que sofrem agressão sexual acaba por impedir que elas relatem o fato criminoso à autoridade competente a fim de que tais medidas sejam aplicadas. Diante desse fenômeno, as possibilidades de que o delito fique impune e haja reincidência nesses casos torna-se substancialmente maior.

Falta, no entanto, estrutura em diversas regiões do país para assegurar essas medidas protetivas de urgência com maior eficácia. Um dos exemplos disso é a ausência Delegacias Especializadas e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Porém, é necessário que sejam previstos mecanismos de atuação do Poder Público para suprir essas deficiências e assegurar as medidas legais às mulheres vítimas de agressão.

Cabe também ao Poder Legislativo Federal discutir a extensão das medidas protetivas de urgência cabíveis nos casos de violência sexual contra a mulher cometidos fora do âmbito da unidade doméstica, familiar ou de qualquer relação íntima de afeto, a fim de que o agressor, antes de eventual julgamento e condenação criminal, fique a uma distância segura da agredida.

O que se sugere, portanto, é que sejam resguardadas as condições para a aplicação dessas medidas protetivas de urgência a todas as mulheres vítimas de estupro, ainda que o crime tenha ocorrido fora do contexto doméstico ou familiar. A normatização infralegal deve prescrever à gestante vítima de estupro a apresentação, quando possível, de algum indício de prova do crime, por meio do exame de corpo de delito. Nos casos em que a apresentação desse indício prévio não for possível, torna-se cabível a requisição de registro de Boletim de Ocorrência ou outro indício idôneo de prova. Subsidiariamente, ou seja, apenas nas hipóteses excepcionais em que as medidas protetivas de urgência não puderem ser garantidas ou outras circunstâncias especiais envolvam a impossibilidade de a gestante ou de seu representante legal relatar o fato à autoridade competente, pode-se proceder à intervenção abortiva sem que os requisitos anteriores precisem ser atendidos.

A presença de indício de prova é requisito necessário para que haja maior certeza quanto à existência do fato delituoso – de que a dignidade sexual da mulher foi violada –, a fim de que se proceda ao aborto humanitário, e que a impunidade do autor do crime seja evitada. Deve existir, entretanto, a necessária ponderação para que essa exigência não seja impeditiva para a gestante exercer seus direitos.

4.2.3. Outros Direitos e Oportunidades

De acordo com doutrina penal majoritária, o aborto em casos de estupro, juntamente com as hipóteses em que este constitui o único meio de salvar a vida da gestante, é uma causa excludente da ilicitude. Segundo essa interpretação, portanto, a prática do aborto em tais situações configura-se como direito da mulher.

O artigo 128, inciso II, do Código Penal, busca tutelar a dignidade sexual da gestante, e isso se dá mediante a não obrigatoriedade de que ela mantenha uma gravidez resultante de coito vaginal fruto de violência ou grave ameaça, tendo em vista os profundos danos psicológicos daí resultantes.

Não é possível, no entanto, desconsiderar a existência de danos psicológicos e físicos decorrentes do próprio aborto, da qual a gestante também é vítima, conforme analisado ao final do primeiro Capítulo. Dessa forma, a previsão do artigo 128, inciso II, do Código Penal não pode servir como instrumento para autorizar o legislador e o administrador a se abster de criar leis e políticas públicas que confirmam a devida proteção aos direitos e à dignidade da gestante também nos casos em que ela decida por manter a gravidez.

Além da possibilidade de extensão das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 para todas as mulheres vítimas de violência sexual, já existe previsão de direitos à indenização civil e aos alimentos provisionais em face do estuprador. O Projeto de Estatuto do Nascituro, conforme será analisado ao final, prevê o direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mulher, o direito de que o nascituro seja encaminhado à adoção caso a gestante faça opção nesse sentido e o direito à pensão alimentícia ao nascituro, estendendo-se até os dezoito anos, o que incumbirá ao Poder Público caso o genitor não seja encontrado.

Há ainda um Projeto de Lei no âmbito do Município de São Paulo, o PL nº 897/2013, que dispõe sobre a obrigatoriedade das Unidades de Saúde Pública, sob a gestão da Secretaria Municipal de Saúde, de esclarecer às gestantes sobre os riscos e as consequências da “interrupção terapêutica do parto” (aborto) nos casos de gravidez resultante de estupro. Conforme se verifica pelo teor do projeto, não há a pretensão de criminalizar a mulher que opta pelo aborto nessas circunstâncias, mas a finalidade precípua é o máximo esclarecimento e orientação a respeito das possíveis consequências que o procedimento abortivo pode ensejar. O artigo 2º prescreve que o programa de orientação será acompanhado por equipes multiprofissionais especializadas, em ação concomitante, devendo realizar: informações detalhadas, com ilustrações, sobre o desenvolvimento do feto; explanação dos métodos cirúrgicos caso haja a opção pelo aborto; explicação da necessidade de exames clínicos e laboratoriais antecedentes; orientação sobre a probabilidade de efeitos colaterais e psíquicos que a prática do aborto pode provocar na gestante; apresentação da possibilidade de adoção pós-parto, informando sobre os programas de adoção de recém-nascidos, caso a gestante ou o representante legal opte por levar adiante a gravidez, mas não o vínculo materno.

As críticas que surgem comumente é que a outorga desses direitos seriam mecanismos para *forçar* a mulher a manter a gravidez nos casos de estupro. No entanto, esses argumentos não se sustentam, pois o permissivo legal do aborto humanitário continua em vigor no Código Penal. O que se propugna é alargar ao máximo os meios de ação possíveis de modo a garantir que a mulher tenha leques de opção além do recurso ao procedimento abortivo, tendo em vista que as consequências dessa decisão não envolvem apenas a vida do nascituro, mas também a dignidade física e psíquica da mulher.

4.2.4. Consentimento do Representante Legal

O artigo 128, inciso II, do Código Penal prescreve que o aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro deve ser precedido de consentimento da gestante *ou, nos casos em que esta for incapaz, de seu representante legal*.

Conforme demonstrado no Capítulo 2, há duas formas de incapacidade de fato elencadas pelo direito civil: a incapacidade absoluta, que se supre por representante legal, e a relativa, suprida pelo instituto da assistência.

O artigo 4º do Código Civil, atualizado pela Lei 13.146/15, prevê que o relativamente incapaz pode sê-lo em função da idade – ter entre dezesseis e dezoito anos –, da prodigalidade, de vícios – ébrios habituais ou viciados em tóxicos – ou por impossibilidade de expressão da vontade por causa transitória ou permanente.

Nos casos em que é possível a expressão da vontade, não há razão suficiente para entregar ao representante legal, que atua nesse caso como assistente do relativamente incapaz, o direito de afirmar se o aborto deve ser realizado ou não. A vontade, por exemplo, de quem é maior de dezesseis e menor de dezoito anos, se é considerado, por exemplo, na faculdade de votar e de fazer testamento, deve necessariamente ser levado em conta nos casos em que foi vítima de estupro e vai decidir pela realização ou não do aborto.

Também nos casos envolvendo gestante absolutamente incapaz, caso haja contradição entre sua vontade e a do seu representante legal quanto à realização do aborto sentimental, a autoridade judicial deve tomar como parâmetro a expressão da vontade do incapaz.

Isso porque a previsão do aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro tem como finalidade a proteção à dignidade sexual da mulher. Dessa forma, a vontade daquela que

teve sua dignidade violada não pode ser desprezada e substituída por outra que se contraponha à primeira.

Nas situações em que a mulher encontra-se em situação de vulnerabilidade (artigo 217-A do Código Penal) e a conjunção carnal ocorre com seu consentimento, ou seja, sem violência ou grave ameaça, caso ela decida manter a gravidez, sua vontade deve ser ao menos considerada na ponderação entre sua dignidade sexual e a vida do nascituro.

Seria possível alegar, por outro lado, que a gestante classificada penalmente como vulnerável não teria condições psicológicas ou financeiras para criar uma criança com todas as necessidades que esta demanda. Os cuidados ficariam a cargo quase exclusivamente de seus representantes legais, os quais não mais teriam o direito de decidir sobre o aborto nesses casos.

Essa alegação é pertinente; porém, é preciso considerar que o Poder Público, diante da vontade da gestante de não recorrer ao aborto, possa intervir, por exemplo, das seguintes formas:

- 1º) assegurar plena assistência pré-natal, médica e psicossocial à gestante;
- 2º) caso não haja quaisquer condições para o exercício do poder familiar e diante da recusa do representante legal em fazê-lo, nomear curador ao ventre, conforme consta do Código Civil;
- 3º) persistindo as circunstâncias acima mencionadas após o nascimento com vida da criança, iniciar o processo de adoção.

Deve-se reconhecer que não há solução fácil ou ideal para essas hipóteses, mas cabe ao Poder Legislativo discutir propostas capazes de realizar a melhor ponderação possível entre os direitos fundamentais envolvidos.

4.2.5. Sujeito Ativo do Estupro

Antes da Lei 12.015/09, o estupro tinha como sujeito passivo exclusivamente a mulher. Sua tipificação legal, no artigo 213 do Código Penal, era: “Constranger **mulher** à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Após a Reforma da Parte Especial do Código Penal quanto aos crimes contra a dignidade sexual em 2009, o crime de estupro passou a ser tipificado da seguinte forma: “Constranger **alguém**, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” Não

há, portanto, na atualidade, qualquer discriminação prévia quanto ao sexo a que pertence a vítima.

Fernando Capez explica essa alteração legislativa e como é possível a autoria da mulher, mediata ou imediata, nos crimes de estupro:

Na antiga redação do art. 213 do CP, a mulher não podia ser autora imediata do crime de estupro, ante a sua impossibilidade física de praticar o coito comissivamente. Podia, no entanto, ser autora mediata, quando, por exemplo, constringesse um homem a praticar conjunção carnal com uma mulher mediante violência ou, o que é mais comum, grave ameaça. Convém lembrar que o autor mediato é aquele que se serve de pessoa sem condições de discernimento para realizar por ele a conduta típica. Ele é usado como mero instrumento de atuação, como se fosse uma arma ou um animal irracional. O executor atua sem vontade ou consciência, considerando-se, por essa razão, que a conduta principal foi realizada pelo autor mediato. Assim, se a mulher se servisse de um doente mental ou de um menor inimputável, ou se, mediante o emprego de grave ameaça (coação moral irresistível) obrigasse um homem a manter conjunção carnal com a vítima, estaria presente a hipótese da mulher como autora do estupro. Com as modificações promovidas pela Lei n. 12.015/2009, a mulher poderá ser autora imediata do delito em estudo, posto que o tipo penal passou a abarcar também os atos libidinosos diversos da conjunção carnal.²¹⁵

Com a Reforma de 2009, torna-se explícita a possibilidade de autoria da mulher nos crimes de estupro, podendo ser *mediata* nos casos de conjunção carnal ou *imediate* apenas nas hipóteses de prática de outros atos libidinosos diversos. O problema que surge no âmbito de discussão quanto ao aborto é: caso o coito vagínico seja mantido entre a vítima – homem – e a própria autora mediata do delito e dessa relação haja gravidez, aplica-se o artigo 128, inciso II, do Código Penal?

O artigo 128, inciso II, do Código Penal, nascido anteriormente à Reforma, fala apenas em “casos de estupro” como causa que, somada ao consentimento da gestante ou de seu representante legal, ensejaria a permissão do aborto sentimental ou humanitário.

De acordo com mera interpretação literal do dispositivo, o aborto legal abarcaria os casos em que a gestante é autora mediata do estupro, tendo em vista que bastaria que o nascituro fosse fruto dessa espécie de delito e que houvesse o consentimento prévio. Nenhuma restrição seria cabível sob pena de analogia *in malam partem*.

Diante, porém, de uma simples interpretação teleológica do conteúdo normativo, percebe-se que a finalidade do artigo 128, inciso II, do Código Penal é evidentemente proteger a dignidade sexual da *gestante*, pressupondo-se, portanto, nesse último caso, que ela

²¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 12ª edição, de acordo com a Lei n.º 12.850/2013, p.32.

tenha sido a *vítima* do estupro, e não sua autora mediata. Dessa forma, o permissivo do aborto legal não tem razão de se aplicar a esses casos.

4.3. PROPOSTAS DE NORMATIZAÇÃO PARA O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

De acordo com análise realizada no Capítulo 2 sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, a conclusão pela *atipicidade* da conduta de *interrupção voluntária da gravidez* nos casos envolvendo fetos anencefálicos está tecnicamente equivocada.

Isso ocorre por dois motivos:

1º) não houve diferenciação prévia entre as hipóteses de anencefalia total e meroanencefalia ou meroacrania, ou seja, não foram diferenciados os casos de ausência de formação encefálica das hipóteses em que essa formação é apenas incompleta ou parcial;

2º) a morte do feto diagnosticado genericamente com anencefalia, cuja vida se iniciou no momento da concepção, não pode ocorrer com *paralisação* da atividade encefálica, conforme exige o artigo 3º da Lei 9.434/97, tendo em vista que não houve essa paralisação. Esse último argumento tem em vista que, nos casos em que a gravidez é encaminhada até o final, constata-se *a posteriori* o momento exato da morte do feto, ou seja, apenas após seu nascimento com vida.

A decisão judicial pela *atipicidade* do fato, conforme visto, gera outro perigo grave: nos casos em que a gestante decida por manter a gravidez nesses casos e terceira pessoa provoque dolosamente a morte do nascituro, ou seja, cause a denominada “interrupção da gravidez”, o autor do fato não responderá criminalmente pelo aborto, mas somente pela lesão corporal contra a gestante, se for o caso. Apenas no plano civil, poderá haver indenização por danos materiais e/ou morais.

A ausência de configuração de *atipicidade* não enseja, porém, a desconsideração da dignidade da gestante em razão do alto sofrimento psíquico por conduzir uma gravidez de nascituro com grau muito reduzido de viabilidade extrauterina. Diante disso, é preciso indagar quais as possibilidades reais que se apresentam para proporcionar a melhor solução a esses casos.

4.3.1. Propostas de Descriminalização do Aborto de Fetos Anencefálicos

Há três possibilidades a serem analisadas. Cada uma delas possui pontos positivos e negativos e deve servir de parâmetro para discussão.

A primeira é a exclusão da antijuridicidade mediante o acréscimo de novo inciso ao artigo 128 do Código Penal. Existem Projetos de Lei no Congresso Nacional que veiculam essa possibilidade, como é o caso do PL nº 4.360/2004, que estabelece:

Art. 1º É isenta de ilicitude a interrupção da gravidez em caso de gestante portadora de feto anencefálico

Art. 2º O artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com o seguinte inciso:

Art. 128 (...)

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos.

Art. 3º Essa Lei entra em vigor na data de sua publicação.²¹⁶

Segundo doutrina penal majoritária, que interpreta as hipóteses do artigo 128 como causas excludentes de ilicitude, o acréscimo do inciso III aos casos envolvendo anencefalia fetal, desde que comprovada por laudos independentes de dois médicos, conferiria à gestante o direito de realizar o aborto. Se há previsão de um direito, a Administração Pública terá o poder-dever de assegurar os mecanismos para sua realização, como ocorre nas demais hipóteses do artigo 128 do Código Penal.

Surge, entretanto, um problema fundamental caso o Congresso Nacional decida por esse caminho: o Projeto de Lei fala de modo genérico em “anencefalia”, não fazendo qualquer diferenciação quanto ao grau dessa deficiência. Recorde-se as palavras de Rodolfo Acatassú Nunes, na Audiência Pública proferida no Supremo Tribunal Federal, no sentido de evidenciar o enorme perigo de que o termo *anencefalia* possa abranger casos menos graves e que permitem um prolongamento maior da vida extrauterina, como a *meroanencefalia*.²¹⁷

O critério para identificação de anencefalia só seria fornecido, portanto, mediante norma infralegal do Ministério da Saúde, o que implicaria uma falta de discussão ou controle legislativo sobre a definição expedida. O risco, dessa forma, é que o direito ao aborto se estenda de maneira insidiosa para casos correlatos mas não semelhantes, como as hipóteses de *meroanencefalia*.

²¹⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268887>. Acesso em 09 de novembro de 2016, 21:00.

²¹⁷ Transcrição de texto de Audiência Pública realizada no STF em 26 de agosto de 2006, pp.34-35 da respectiva Ata. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf. Acesso em 09 de novembro de 2016, 22:00.

O Poder Legislativo Federal, portanto, na análise dos Projetos de Lei, deve definir de antemão o que é a anencefalia, com auxílio de especialistas na área médica e da embriologia, a fim de evitar que os casos de formação encefálica incompleta possam ser abrangidos nesse permissivo legal.

Outro risco presente são as possíveis falhas de diagnóstico médico, tal como se ocorreu no caso Marcela de Jesus, relatada no Capítulo 2, em que foi atestada anencefalia no nascituro, mas após o nascimento verificou-se a presença de meroanencefalia. Marcela de Jesus viveu por quase dois anos e sua morte foi causada em razão de pneumonia.

Além da possibilidade de exclusão da antijuridicidade, outro caminho possível é a exclusão supralegal de culpabilidade sob a forma de inexigibilidade de conduta diversa por parte da gestante. Com relação à pergunta se pode existir causa supra ou extralegal de exclusão da culpabilidade, Luiz Flávio Gomes afirma positivamente:

A resposta é positiva. O poder de agir de modo diverso (...) constitui uma das essências (um dos eixos) da culpabilidade. Só pode ser reprovado (penalmente) quem podia agir de modo diferente (de acordo com o Direito) e acabou “optando” por agir contra o Direito. Quando, na situação concreta, era inexigível comportamento distinto, não há que se falar em culpabilidade (em censurabilidade, em reprovabilidade).²¹⁸

A esfera da culpabilidade se refere, portanto, à reprovabilidade da conduta típica e antijurídica. Caso o grau de censurabilidade seja tão reduzido a ponto de se constatar que o autor não poderia agir diferentemente a partir de critérios de razoabilidade, o agente não responde criminalmente pelo fato.

Nos casos de feto diagnosticado com anencefalia, sob qual modalidade poderia recair a inexigibilidade de conduta diversa *supralegal*? Havendo reconhecimento da existência de vida intrauterina – que demanda, por si só, tutela jurídica – e, simultaneamente, a necessidade de proteção à dignidade da gestante quanto aos sofrimentos psíquicos de manter a gravidez, pode-se conjecturar a possibilidade de adoção do *estado de necessidade exculpante*. Nesse caso, não seria exigível que o bem jurídico sacrificado fosse de valor inferior ao bem preservado. Dessa forma, apesar de o Código Penal prever a teoria unitária do estado de necessidade como causa excludente de ilicitude caso todos os requisitos legais do artigo 24 sejam preenchidos, parte substancial da doutrina aceita a modalidade exculpante como causa excludente da culpabilidade. Bitencourt afirma que “embora não previsto em Lei, caracteriza, perfeitamente, a *inexigibilidade de outra conduta*, que exclui a culpabilidade, pela

²¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA, Antônio; DE MOLINA, Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp.247-248.

falta desse elemento estrutural.”²¹⁹ Nucci aceita essa posição: “Trata-se, pois, da aplicação da teoria da inexigibilidade de conduta diversa, razão pela qual, uma vez reconhecida, não se exclui a ilicitude, e sim a culpabilidade.”²²⁰

Um problema que surge diante da adoção desse caminho é que o aborto seria *exculpável*, ou seja, desculpável, mas não se configuraria como um direito, diferentemente da solução pela exclusão da ilicitude. Dessa forma, não se poderia exigir que a Administração Pública garantisse os serviços públicos voltados à realização dessa espécie de aborto.

A exculpante também se referiria apenas à gestante que fizesse a opção pelo aborto, não abrangendo a atitude do médico que realiza o procedimento. A exclusão de responsabilidade criminal do médico ficaria desprovida de fundamento jurídico concreto.

Outra questão é que, por se tratar de causa *supralegal*, não haveria qualquer critério legal prévio para afirmar a abrangência dessa exculpante. Caberia, portanto, ao juiz, diante de cada caso concreto, verificar se a excludente é aplicável. Isso pode acarretar em ausência de segurança jurídica prévia e falta de uma medida totalmente objetiva do grau de culpabilidade, mas é positivo no aspecto de evitar, pelo menos a princípio, uma generalização indevida do aborto, que poderia abranger fetos com deficiências de menor gravidade.

Diante de todas essas dificuldades decorrentes da presença do modelo finalista de culpabilidade, que não a distingue da responsabilidade, surge ainda uma terceira opção: adotar um modelo funcionalista ao Direito Penal pátrio.

O funcionalismo, conforme proposto por Claus Roxin, é um modelo penal no qual a culpabilidade está baseada apenas na ilicitude da conduta do agente e a responsabilidade refere-se a fundamentos de política criminal, como a necessidade de prevenção geral e especial ao delito. Afirma Roxin: “Pues cuando se interpreta el Derecho vigente no se trata de possibilitar al juez una exención de pena conforme a sus propias representaciones politicocriminales, sino que deban averiguar las hipótesis preventivas que sirven de base a la ley.”²²¹

Conforme esse novo paradigma, a necessidade de responsabilização criminal de uma conduta tipificada em Lei e ilícita deve passar por verificações objetivas de política

²¹⁹ BITENCOURT, Carlos Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 10ª edição, 2006, p.389.

²²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2008, p.244.

²²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte Geral. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997, p.793. Tradução: “**Pois quando se interpreta o Direito vigente, não se trata de possibilitar ao juiz uma isenção de pena conforme suas próprias representações político-criminais, mas que se devam averiguar as hipóteses preventivas que servem de base à lei.**”

criminal de acordo com as finalidades preventivas da pena, na qual se indaga se é cabível, dentro de cada caso concreto, a sanção penal ao agente.

A modificação do critério de responsabilidade traz consequências para as hipóteses de estado de necessidade exculpante, pois “(...) somente através da introdução de pontos de vista preventivos na exclusão da responsabilidade se torna possível explicar os casos do hoje assim chamado estado de necessidade exculpante supralegal.”²²²

Nas hipóteses, portanto, de nascituro com anencefalia, desde que haja diagnóstico prévio realizado por dois médicos e a gestante opte por realizar o aborto, nem ela nem o médico responderiam criminalmente pelo fato, pois, muito embora este seja típico e antijurídico, as exigências preventivas para impor uma sanção criminal não seriam satisfeitas. A aplicação de pena, portanto, não seria instrumento cabível para cumprir a função de prevenir ou impedir que casos futuros semelhantes ocorressem.

As dificuldades de se adotar essa possível solução podem se resumir em dois pontos: 1º) isso demandaria uma ampla alteração no Código Penal, principalmente na Parte Geral, exigindo disponibilidade suficiente das duas Casas do Congresso Nacional; 2º) os critérios de aferição da responsabilidade estariam inteiramente nas mãos do juiz, havendo baixo grau de segurança jurídica quanto aos requisitos a serem exigidos para o atendimento das finalidades preventivas da pena, o que poderia resultar numa ampliação indevida das hipóteses de aborto sem responsabilização.

Essas são apenas algumas das possibilidades de tratamento jurídico-penal para a descriminalização do aborto nos casos específicos de anencefalia, levando em consideração o sofrimento psicológico pelo qual a gestante passa diante da alta probabilidade de ausência de sobrevida extrauterina do nascituro. Não há uma posição segura sobre qual das medidas propostas é a melhor para ser adotada no Brasil, mas deve existir ampla discussão pública sobre o assunto em que se explicita ao máximo o quadro geral em que o tema se insere e os benefícios e prejuízos de cada uma delas.

4.3.2. Novos Serviços e Opções para a Gestante de Feto Anencefálico

A descriminalização do aborto nos casos em que há maior probabilidade científica da ausência de sobrevida extrauterina não deve, entretanto, servir para justificar esse procedimento como a única opção possível para a gestante. É necessário, portanto, que o

²²² ROXIN, Claus. “A culpabilidade e sua exclusão no direito penal”. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª edição, revisada. Rio de Janeiro: Renovar, Tradução de Luíz Greco, 2008-B, p.159

ordenamento jurídico, não restrito à área penal, desenvolva novos mecanismos e serviços para a prevenção e os cuidados quanto à incidência da anencefalia.

Para garantir maior efetividade a esses serviços, deve-se verificar em primeiro lugar quais são os fatores principais que ocasionam o fenômeno da anencefalia:

(...) existem vários fatores que podem ocasionar o aparecimento de anencefalia, dentre eles estão: radiação, vírus, administração de determinadas drogas durante o período gestacional, contato direto com produtos tóxicos, sendo o fator de risco mais importante, a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes; o qual provavelmente é ocasionado pela não absorção deste elemento pelo organismo ou até pelo alto índice de desnutrição dos países subdesenvolvidos.²²³

Os serviços públicos na área de saúde devem se voltar, assim, primeiramente à prevenção desses fatores, tanto por meio de informação em âmbito nacional dos elementos causadores da má-formação quanto pelo desenvolvimento de políticas públicas – especialmente nas regiões mais pobres e vulneráveis a tais fatores – voltados a suprir as deficiências que ensejam o aparecimento dos casos dessa malformação, tais como a ampla disponibilização de ácido fólico nos insumos alimentares e nos postos de saúde.

Diante de casos em que a prevenção não foi possível e verificou-se a incidência de anencefalia no nascituro, é necessário que haja políticas públicas para conferir o melhor tratamento possível, inclusive proporcionando à mulher e a seus familiares assistência terapêutica aos transtornos decorrentes da gravidez, conforme designado como proposta na Resolução nº 348, publicada em 16 de agosto de 2004, do Conselho Nacional de Saúde (CNS).²²⁴ Tendo em vista que o diagnóstico de anencefalia ocorre geralmente a partir do terceiro mês de gestação, período no qual a intervenção abortiva é mais invasiva e perigosa fisicamente para a gestante, deve haver a disponibilidade de acesso a serviços que garantam máxima viabilidade de tratamento e auxílio para aquelas que decidirem manter a gravidez, tal como reconhece a Norma Técnica de Atenção às Mulheres com Gestação de Fetos Anencéfalos.²²⁵

Por fim, é necessário que o diagnóstico médico diferencie as hipóteses de anencefalia propriamente dita das demais formas de deficiência, como a meroanencefalia, com os graus variados em que ocorre essa má-formação, a fim de que se evite a extensão

²²³ ALBERTO, Myrian Vília Lança; GALDOS, Alvaro Carlos Riveros; MIGLINO, Maria Angélica; SANTOS, José Manoel dos. *Anencefalia: causas de uma malformação congênita*. São Paulo: trabalho realizado na Universidade de São Paulo (USP), Revista de Neurociência, 2010; 18(2), pp.244-248.

²²⁴ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>. Acesso em 12 de novembro de 2016, 14:00.

²²⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Atenção às Mulheres com Gestação de Anencéfalos*: Norma Técnica. Brasília: DF, Série Direitos Sexuais e Reprodutivos, Caderno nº 11, 2014, pp.23-24.

abusiva do permissivo jurídico do aborto para casos em que há efetiva probabilidade de sobrevida extrauterina. O maior perigo é que essa possível extensão acarrete numa aproximação da mentalidade eugenista, tal como analisada previamente, o que se verifica, sobretudo nas discussões recentes sobre a microcefalia.

4.3.3. ADI 5581 e a Discussão sobre o Aborto nos Casos de Fetos com Microcefalia

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5581, proposta em 2016 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep)²²⁶, questiona as políticas públicas na área de vigilância em saúde adotadas pela Lei 13.301/16, para evitar novas contaminações pelo vírus Zika e, como pedido cumulado, argui descumprimento de preceito fundamental caso o Poder Público não confira às mulheres o direito de abortar fetos com microcefalia.

Um dos principais dispositivos questionados na Ação Direta é o artigo 18 da Lei supramencionada, que concede o benefício de prestação continuada temporário, pelo prazo máximo de três anos, na condição de pessoa com deficiência, à criança vítima de microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. O Parágrafo 2º desse dispositivo prevê a concessão do benefício após a gozo do direito à licença-maternidade originado pelo nascimento da criança com microcefalia.

A Anadep propõe a inconstitucionalidade desse dispositivo em função de: 1º) restrição temporal máxima de três anos para o recebimento dessa prestação; 2º) impedimento de receber o benefício de forma cumulada com o salário-maternidade; 3º) não extensão desse benefício às vítimas de outras sequelas neurológicas. Propõe ainda a interpretação conforme a Constituição do Parágrafo 3º do artigo 18, para assegurar o salário-maternidade às mães das crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas por *Aedes aegypti* ou causadas por síndrome congênita do vírus Zika. A própria Associação afirma que a restrição dos benefícios é indevida pois reconhece que a criança sofrerá os impactos da doença *por toda a vida*, e não apenas no período contemplado pelo prazo máximo.

A Anadep, apesar desse reconhecimento explícito, realiza na mesma Ação o pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental, apontando como omissão do Poder Público a vedação à possibilidade de “interrupção da gravidez” para mulheres grávidas

²²⁶ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/8/art20160826-03.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2016, 17:00.

infectadas pelo vírus Zika. O pedido alternativo é que se julgue constitucional a “interrupção da gestação” quando houver comprovação da infecção na gestante.

Busca-se, portanto, estender a decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 – em que se decidiu pela atipicidade do aborto de fetos anencefálicos – para todos os casos em que haja a mera *possibilidade* de envolver microcefalia. Isso porque a infecção de uma mulher grávida causada pelo vírus Zika não gera qualquer certeza científica de que o nascituro terá essa deficiência, tendo em vista que pesquisa recente revelou que a associação entre a contaminação pelo vírus e a incidência de microcefalia é de menos de 1% (95 para cada 10.000 casos). Além disso, a microcefalia, diferentemente da anencefalia, não impede qualquer viabilidade de vida extrauterina.²²⁷ O Advogado-Geral da União, Fábio Medina Osório, ao se manifestar em setembro de 2016 sobre a Ação Direta, rechaça o pedido formulado quanto à arguição em razão da presença de vida humana viável, fato não questionado pela autora:

No presente caso, diversamente dos precedentes ora invocados, **não se verifica a inviabilidade do embrião ou do feto** cuja mãe tenha sido infectada pelo vírus Zika, mas a **possibilidade** de danos neurológicos e impedimentos corporais, conforme reconhece a própria autora (fls. 75/76 da petição inicial). (...) Percebe-se, assim, que a autorização de interrupção da gestação, em tal hipótese, seria frontalmente violadora ao direito à vida, uma vez que, embora uma criança cuja mãe tenha sido infectada pelo vírus Zika durante a gestação possa apresentar danos neurológicos e limitações corporais severas, sua vida é viável e merece ser resguardada diante da garantia constitucional insculpida no *caput* do artigo 5º da Carta de 1988.²²⁸

É preciso lembrar, nesse plano, as normas constitucionais que garantem a inclusão e a tutela dos direitos das pessoas com deficiência, em especial nos artigos 23, inciso II; 203, inciso V; 227, Parágrafo 1º, inciso II e Parágrafo 2º. Ainda em âmbito constitucional, existe a mencionada Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. No plano legal, há o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.145/15). Essas normas jurídicas asseguram o respeito aos direitos fundamentais das pessoas com deficiências físicas ou mentais, sem qualquer discriminação, não excluindo, portanto, o nascituro dessa proteção.

Caso se proceda, em contradição com o ordenamento jurídico brasileiro, à liberação do aborto, por vias jurisdicionais ou legislativas, em face da presença ou simples

²²⁷ CAUCHEMEZ, Simon; BESNARD, Marianne; BOMPARD, Priscilla; DUB, Thimotée; GUILLEMETTE-ARTUR, Prisca; EYROLLE-GUIGNOT, Dominique; SALJE, Henrik; VAN KEKHOVE, Maria D; ABADIE, Véronique; GAREL, Catherine; FONTANET, Arnaud, MALLET, Henri-Pierre. *Association between Zika virus and microcephaly in French Polynesia, 2013-15: a retrospective study*. Lancet: 2016; 387; 2125-32. Disponível em: [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(16\)00651-6.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(16)00651-6.pdf). Acesso em 12 de novembro de 2016, 19:00.

²²⁸ Disponível em: file:///Users/caio/Downloads/adi_5581_-_manifestacao_da_agu.pdf, p.47. Acesso em 12 de novembro de 2016, 21:00.

possibilidade da microcefalia – que em nada se assemelha, nos seus efeitos, à anencefalia – corre-se o grande risco de que a existência de quaisquer outras deficiências ou doenças congênitas ou indesejadas sejam eliminadas pela chamada “interrupção da gestação”, ou seja, pela realização do aborto, negando, dessa forma, todos os valores e princípios sob os quais se fundamenta a bioética e o direito, assentados na dignidade da pessoa humana.

4.4. TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO

A constatação científica do início do processo vital humano a partir do momento da concepção, o reconhecimento ético e jurídico da dignidade humana como característica intrínseca a cada indivíduo e a tutela explícita do direito à vida desde seu estágio inicial, conforme consta no artigo 4º, item 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, são fatos que não permitem uma atitude de indiferença do direito positivo pátrio em relação ao embrião.

Na análise sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, favorável por maioria de votos à constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, verificou-se como não houve devido respeito ao *status* humano do embrião, tendo em vista especialmente a ausência de critério seguro para considerá-lo inviável após período de três anos de congelamento.

Relembre-se que a Embriologia distingue três fases no desenvolvimento humano anterior ao nascimento: 1º) pré-embriônica: que ocorre nas duas primeiras semanas da gestação; 2º) embrionário: tecnicamente denominado o período da terceira à oitava semana; 3º) fetal: que compreende da nona à trigésima oitava semana.

Existe normatização infralegal sobre o tema: a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, reconhece, diferentemente da Lei 11.105/05, a separação conceitual entre pré-embrião e embrião, afirmando no item I.5 a proibição de fecundar os ócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana, e no item I.6 estabelece que o número ideal dos oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

No bojo dessa questão, foi analisado o Voto vencido do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, que julgou pela procedência

parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 para conferir interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, ao artigo 5º da Lei 11.105/05. No dispositivo, o Ministro elencou cinco tópicos, que se referiam respectivamente ao *caput*, aos incisos I e II e aos Parágrafos 1º e 2º do mencionado dispositivo legal. Esses pontos merecem atenção especial em razão de servirem como parâmetros importantes na busca por uma melhor normatização, apta a tutelar com efetividade os embriões humanos sem descuidar da importância da utilização para pesquisas e terapias em relação àqueles que se encontram realmente inviáveis ao desenvolvimento.

Quanto ao *caput* do artigo 5º, o Ministro interpreta que as pesquisas com células-tronco embrionárias devem recair apenas sobre embriões humanos inviáveis ou congelados *logo após o início do processo de clivagem celular*. As fertilizações *in vitro* devem também servir para o único fim de produzir o *número estritamente necessário de zigotos para a reprodução assistida de mulheres inférteis*.

O posicionamento do Ministro, no tópico acima, vai ao encontro da citada Resolução 1.358/92 do CFM, que estabelece a finalidade única da fecundação dos oócitos humanos para a procriação. Isso permite que o número de pré-embriões transferidos não seja excessivo, diminuindo sensivelmente o risco de embriões excedentários.

Na interpretação conforme a Constituição do inciso I do artigo 5º da Lei 11.105/05, o conceito de “inviável” passa a abranger apenas os embriões que tiverem seu desenvolvimento interrompido por ausência de clivagem após período superior a vinte e quatro horas. Isso importa em razão do perigo de se adotar um critério de “inviabilidade presumida” no prazo legalmente designado de três anos (de acordo com o inciso II desse artigo), porque, conforme verificado no Capítulo 2, houve diversos casos de embriões congelados por período superior que puderam ser implantados no útero. O risco estaria no fato de que embriões ainda viáveis pudessem ter sua vida eliminada para se constituírem como instrumentos de pesquisas científicas ou terapias, o que violaria o princípio bioético fundamental da autonomia, pois um ser humano nunca pode ser tratado como meio para um fim alheio.

Quanto ao inciso II, o Ministro interpreta no sentido de que as pesquisas científicas com embriões congelados há três anos ou mais não acarrete a destruição nem tenham seu potencial de desenvolvimento comprometido. Dessa forma, em relação aos que são viáveis, os cientistas devem utilizar métodos alternativos de extração de células-tronco, a fim de que seja selecionada uma ou um conjunto específico delas de tal modo a não causar a destruição nem obstar o desenvolvimento do embrião como um todo.

O Parágrafo 1º, que afirma a exigência de consentimento dos genitores, ao ser interpretado conforme a Constituição, revela a necessidade de que esse consentimento seja livre e informado, além de exteriorizado formalmente. A exigência de ser “livre e informado” se dá em face do princípio da liberdade, inscrita no artigo 5º, *caput*, da Constituição e em virtude do artigo 16, 2, da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, que prescreve: “a pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento.”²²⁹

A informação aos genitores deve incluir não apenas os procedimentos a serem realizados com o embrião, mas também as possíveis alternativas à sua destruição, como a doação a casais inférteis. Conforme afirma o Ministro Menezes Direito em seu Voto: “Tais esclarecimentos por parte de médicos, pesquisadores, instituições e serviços de saúde, assim como a anuência dos genitores a que se refere a Lei deverão ser exteriorizados sempre de maneira explícita e mediante ato formal.”²³⁰ Esse entendimento parte também da norma constitucional que fixa, no artigo 226, Parágrafo 7º, o planejamento familiar como livre decisão do casal, que se funda explicitamente nos já mencionados princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Cabe ao Estado, de acordo com esse dispositivo constitucional, propiciar recursos educacionais e científicos para assegurar o direito à paternidade responsável. O artigo 5º da Lei 9.263/96 prescreve que é dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício desse direito. Assim, os genitores devem estar devidamente informados e cientes das possibilidades reais envolvendo o embrião a fim de que possam fazer a melhor escolha.

O Parágrafo 2º do artigo 5º da Lei de Biossegurança prevê a necessidade de os projetos das instituições de pesquisa e serviços de saúde que trabalham com células-tronco embrionárias humanas se submeterem à apreciação e à aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Na interpretação conforme a Constituição, a submissão desses projetos deve abranger também a prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na própria Lei 11.105. Essa orientação exegética visa descartar a possibilidade de que a aprovação dessas pesquisas ocorra exclusivamente pelos comitês de ética das

²²⁹ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 12 de novembro de 2016, 22:00.

²³⁰ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510.p.311>. Acesso em 12 de novembro de 2016, 23:00.

próprias instituições e serviços de saúde, tendo em vista que a Resolução nº 196 de 1996, do Ministério da Saúde, busca aprovar diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, normatização que não teria qualquer efetividade se a autorização e a fiscalização dependessem apenas dos comitês internos.

O artigo 18, item 3, da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos afirma ainda o dever de serem promovidas oportunidades para um debate público pluralista e esclarecido, que permita a expressão das opiniões pertinentes. No artigo 19, *caput*, prescreve que os próprios comitês de ética devem ser “independentes, multidisciplinares e pluralistas”. A necessidade do debate público amplo e informado é a forma de garantir a participação da sociedade civil no esclarecimento e controle das pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias.

Essas considerações, em grande parte extraídas do Voto dissidente do então Ministro Menezes Direito, devem servir como balizas para uma normatização sólida e abrangente sobre o embrião humano, que seja capaz de abarcar tanto a fase pré-embrionária quanto a embrionária.

Essa possibilidade de normatização pode se concretizar, por exemplo, em um Estatuto próprio, cuja finalidade principal seria a máxima compatibilização com as normas constitucionais – sobre a dignidade humana, a vida, a saúde, o planejamento familiar, a liberdade científica – e de direitos humanos – como o Pacto de San José da Costa Rica e a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos. Os direitos fundamentais relacionados ao desenvolvimento biotecnológico e da engenharia genética, sempre se referem, assim como os demais, à centralidade de proteção à dignidade humana, ou seja, ao reconhecimento de cada indivíduo como fim em si mesmo, não instrumentalizável para finalidades alheias.

4.5. TUTELA JURÍDICA DA GESTANTE

A atenção conferida ao nascituro, especialmente ao seu direito mais essencial à vida, não pode ser separada da atenção humanizada à gestante. O nascituro, ainda que disponha de um processo vital autônomo no sentido de que a primeira célula, o zigoto, já contém em si um código genético inteiramente capaz de determinar seus traços fenotípicos e seu desenvolvimento, depende inteiramente da relação com a futura mãe não apenas para a

sobrevivência, mas também para a alimentação, o crescimento e os demais cuidados indispensáveis.

É necessário, dessa forma, estabelecer a compreensão de que a formação da vida humana, principalmente nos estágios anteriores ao nascimento, depende de um relacionamento intersubjetivo da gestante com o nascituro, e que os sujeitos dessa relação têm ambos uma dignidade intrínseca, reconhecida juridicamente. A partir desse entendimento, é possível estabelecer uma sólida normatização para a tutela jurídica da gestante.

A Lei 11.340/06, conforme analisada anteriormente, é uma das mais importantes fontes normativas de proteção à mulher, nos casos em que ela é vítima de violência doméstica ou familiar. Essa fonte serve, portanto, como paradigma para que a tutela legal da mulher se estenda às situações de gravidez, as quais demandam também uma responsabilidade especial por parte da família, da sociedade e do Estado.

Existem normas em Leis diversas que contemplam direitos à mulher grávida, como a Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 391) – com acréscimo da Lei 9.799/99 – para os casos envolvendo vínculo empregatício; os direitos assistenciais antes do parto (Lei 11.604/07), durante e após o parto (Portaria nº 2.418/05); o atendimento prioritário em locais específicos, como caixas de banco e supermercado, além de acento preferencial em meios de transporte coletivo. Há o direito trabalhista sobre a licença-maternidade no período de 120 dias a contar do oitavo mês de gestação, podendo se ampliar por mais 60 dias caso a empresa onde a gestante esteja empregada opte pelo Programa Empresa Cidadã (artigo 392 da CLT) e o direito previdenciário ao salário-maternidade (artigo 73 da Lei 8.213/91). Existe ainda a previsão do “regime de excessão” aos alunos necessitados de tratamento excepcional, estabelecido pelo Decreto-Lei 1.044/69, que a Lei 6.202/75, no artigo 1º, estendeu às alunas em situação de gravidez desde o oitavo mês de gestação até três meses após o parto. Após o nascimento da criança, há o direito ao aleitamento materno, previsto no artigo 396 da CLT. Há também Normas Técnicas do Ministério da Saúde que buscam conferir atenção humanizada à gestante, especialmente as que se encontram em situação vulnerável, como nos casos em que a gravidez decorreu de estupro ou nas hipóteses de fetos com anencefalia.

Essas normas estão dispersas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que se relacionam a diferentes áreas do direito, como trabalhista, previdenciário, assistencial, educacional e saúde. No entanto, a fonte que unifica as normas em questão é a própria figura da gestante. É cabível, portanto, que essa unificação se reflita num Estatuto próprio, tal como ocorreu com a figura da criança e do adolescente (Lei 8.069/90), do consumidor (Lei 8.072/90), do idoso (Lei 10.741/03) e da juventude (Lei 12.852/13).

Um exemplo de Projeto de Lei que se aproxima dessa proposição é o PL nº 875/13²³¹, do Município de São Paulo, que dispõe sobre o Estatuto da Maternidade e Prevenção das Hipóteses de Risco Social. O artigo 2º desse Projeto reconhece, de acordo com o supraprincípio constitucional da dignidade humana, que a gestante e o nascituro gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades para a preservação e a integridade da saúde física e mental. O artigo 3º prevê que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar à gestante e ao nascituro a efetivação do direito à vida, à integridade da saúde física e mental, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Esse dispositivo tem a importância de reconhecer que a responsabilidade da sociedade civil e das instituições familiares na proteção dos sujeitos envolvidos no ciclo gestacional, numa abordagem análoga a que é encontrada no artigo 227 da Constituição Federal, quando trata dos direitos da criança e do adolescente.

Nessa linha de proteção, é importante considerar a atuação de associações e movimentos dedicados aos cuidados com gestantes e mães em situação de vulnerabilidade. Alguns deles, dos quais cabe citar, por exemplo, a Associação Casa Mãe, o Projeto Gravidez em Crise, o Projeto Rachel e o Projeto Futuras Mamães, são associações da sociedade civil orientadas ao acolhimento de gestantes, a fim de garantir maior amparo tanto à saúde física quanto psicológica especialmente em relação às que se encontram desamparadas ou em outras condições vulneráveis. Algumas delas buscam inclusive o acolhimento das mulheres que optaram pelo aborto, no sentido de proporcionar-lhes auxílio assistencial e psicológico.

Esses movimentos da sociedade civil, por prestarem serviço de evidente interesse público, podem ser sujeitos de convênios ou parcerias com as esferas federativas do Poder Público, de tal modo que o âmbito de ação delas seja alargado para maior benefício da gestante e do nascituro. Nesse sentido, a Lei 13.019/14 – alterada pela Lei 13.204/15 – pode ser uma grande fonte de auxílio, pois institui o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil em regime de mútua cooperação para finalidades recíprocas de interesse público, podendo envolver com isso a transferência de recursos financeiros necessários. Também a Lei 9.637/98 introduz normas importantes, que dispõem sobre o estabelecimento e qualificação de entidades como organizações sociais desde que a pessoa jurídica de direito privado não tenha fins lucrativos, seja direcionada ao cumprimento de interesse público e cumpra os demais requisitos legais. O artigo 199 da

²³¹ Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1181806>. Acesso em 15 de novembro de 2016, 23:00.

Constituição Federal, que trata sobre a assistência à saúde prevê, no Parágrafo 1º, que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, conforme as diretrizes deste, segundo contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e aquelas sem fins lucrativos.

Essas entidades podem ser classificadas como *beneficentes de utilidade pública*, conforme afirma Alberto Xavier:

(...) beneficentes porque altruístas, vocacionadas para o socorro em função do status patrimonial duradouro e não de uma contingência eventual (como sucede com as humanitárias); e de utilidade pública porque, assistindo os beneficiários na pobreza, carência ou fragilidade, complementam ou coadjuvam a ação do Estado nesse domínio.²³²

O artigo 203, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, prevê também a assistência social prestada por entidades públicas, tendo por objetivos a proteção à família, à **maternidade**, à infância, à adolescência e à velhice. Conforme se verifica, a maternidade é objeto de tutela específica, que se dá por meio do serviço de assistência social, não podendo, pois, deixar de abranger os dois sujeitos envolvidos na relação, a gestante (ou mãe) e o nascituro (ou filho).

É preciso buscar, portanto, dentro da orientação teleológica das normas mencionadas, instrumentos jurídicos de parceria que evitem ao máximo a burocratização e se voltem ao cumprimento conjunto da atividade-fim. Os direitos fundamentais envolvidos, tanto os que dizem respeito à dignidade da gestante quanto os vinculados aos direitos existenciais do nascituro, podem ser melhor garantidos, ou seja, atingir maior nível de efetividade, caso as parcerias e convênios – além da atuação direta do Poder Público no caso do artigo 203 da Constituição – sejam elementos facilitadores da prestação de assistência social.

4.6. PROJETO DE ESTATUTO DO NASCITURO

Existe no Brasil um Substitutivo ao Projeto de Lei n. 478/2007, de autoria do Deputado Federal Luiz Bassuma e de Miguel Martini e de Relatoria da Deputada Federal

²³² XAVIER, Alberto. *As entidades fechadas de previdência privada como instituições de assistência social*. Revista Dialética do Direito Tributário (52), janeiro de 2000, p.27.

Solange Almeida, apresentado à Comissão de Seguridade Social e Família, da Câmara dos Deputados, que visa instituir o chamado *Estatuto do Nascituro*.²³³

Esse Substitutivo foi apresentado contendo trinta e dois artigos, e trazia como principal objetivo a defesa da vida, da dignidade e dos demais direitos existenciais daqueles que se encontram entre o estágio da concepção e do nascimento com vida. Havia a previsão de crimes em espécie como forma de proteção aos direitos existenciais do nascituro.

Em 2010, a Comissão de Seguridade Social e Família apresentou um Substitutivo ao Projeto de Lei original, no qual altera alguns dispositivos, reduz a quantidade de artigos para catorze e retira a previsão de crimes em espécie.

O Parágrafo Único do artigo 2º prevê expressamente que no conceito de *nascituro*, encontra-se o ser humano concebido, ainda que *in vitro*, antes da implantação no útero materno. Isso significa que a proteção jurídica se estende inclusive aos embriões congelados em laboratório. Caso o Projeto seja aprovado e a Lei promulgada, surgirá clara antinomia entre esse dispositivo e o artigo 5º da Lei de Biossegurança, a qual, conforme visto, permite a eliminação de embriões *in vitro* sob certas condições. No entanto, uma interpretação sistemática tendo por base o artigo 4º, 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, norma de caráter suprallegal, será fator decisivo para a resolução dessa antinomia em favor do artigo 2º, Parágrafo único, do Projeto de Lei.

O reconhecimento da dignidade e da natureza humana do nascituro encontra-se no artigo 3º, deduzindo-se como consectário lógico, a necessidade de plena proteção jurídica.

O direito à vida vem previsto de modo especial no artigo 3º, Parágrafo 1º, e no artigo 4º. O primeiro dispositivo menciona o direito de maneira mais genérica, acrescentando outros que lhe são correlatos, como a saúde, o desenvolvimento, a integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil; o artigo 4º, no entanto, é o que propugna a incumbência do dever de proteção à vida do nascituro, com absoluta prioridade, não somente ao Estado, mas também à família e à sociedade. Dessa forma, passa a existir complementação ao sentido do artigo 2º, parte final, do Código Civil, pois que se garantem expressamente os direitos existenciais do nascituro. O Parágrafo 2º do artigo 3º do Estatuto estabelece que seus direitos patrimoniais ficarão sob condição resolutiva até seu nascimento com vida.

O Projeto original, de 2007, em seu artigo 3º, constava apenas do Parágrafo Único, o qual falava em “expectativa de direito à vida”. No artigo 4º havia a mesma

²³³ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=770928. Acesso em 14 de novembro de 2016, 15:00.

menção.²³⁴ Essa previsão não se coadunava ao que o próprio ordenamento jurídico pátrio prescreve em relação ao nascituro, pois o Código Civil, em seu artigo 2º, parte final, prevê que serão assegurados desde a concepção os *direitos* ao nascituro – e não as *expectativas de direito* –, dentre os quais deve estar elencado, por óbvio, o direito fundamental à vida. Além disso, há que se recordar novamente do artigo 4º, item 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que reconhece o direito à vida desde a concepção, ninguém podendo ser arbitrariamente privado dele. Dessa forma, o Projeto atual substituiu o termo *expectativa de direito* por *direito* em ambos os artigos.

Os demais dispositivos do atual Projeto de Lei fixam o respeito aos outros direitos existenciais do nascituro, levando-se em consideração sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, sendo necessariamente destinatário de políticas públicas e sociais. Essa abordagem não é nova no ordenamento brasileiro, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente, baseado no artigo 227 da Constituição Federal, se refere aos mesmos paradigmas e princípios para o reconhecimento e a proteção integral aos menores de 18 anos como pessoas em desenvolvimento.

O artigo 9º reafirma a previsão de tratados internacionais incorporados com a força de emenda constitucional de não haver discriminação de qualquer pessoa em razão de deficiência física ou mental, assegurando, portanto, esse direito ao nascituro, dispositivo que obsta a promoção direta ou indireta da eugenia.

O artigo 10 prescreve a utilização de meios terapêuticos e profiláticos para prevenir, curar ou minimizar deficiências e patologias. Esse dispositivo é de especial importância no sentido de impedir o crime de aborto por alegações de existir deficiência física ou mental no nascituro. A entrada em vigor desse dispositivo serve de parâmetro para a discussão pública sobre o aborto de fetos com graus de anencefalia e com microcefalia, tendo em vista que a possibilidade de descriminalização do aborto na hipótese de feto anencefálico em razão de inexigibilidade de conduta diversa por parte da gestante não pode ensejar a desconsideração da existência de vida intrauterina e que, portanto, outras opções e mecanismos assistenciais além do aborto devem ser garantidos.

O artigo 13 assegura ao nascituro concebido em decorrência de estupro o direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante e o direito de ser encaminhado à adoção na hipótese em que ela assim o desejar. Caso identificado o genitor do nascituro, ou da criança já nascida, este será responsável por pensão alimentícia, segundo o

²³⁴ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=770928. Acesso em 14 de novembro de 2016, 16:00.

Parágrafo 1º desse dispositivo. No Projeto inicial, era acrescentado o termo “prioritário” aos dois primeiros direitos, e existia a previsão de pensão alimentícia ao nascituro no valor de um salário-mínimo ainda que não fosse encontrado o genitor. Essa última prescrição foi suprimida do Projeto atual, sob a alegação por parte dos críticos de que isso se trataria de uma espécie de “bolsa-estupro”. Contrariamente a essa alegação, o dispositivo, na realidade, busca uma proteção conjunta da dignidade da própria gestante, no bojo de sua autonomia individual e de garantir ao máximo condições e possibilidades reais para que a mulher possa optar, caso queira, por levar a gravidez adiante e preservar a vida do nascituro.

No Projeto atual, no Parágrafo 2º, prescreve o dever do Poder Público de prover o sustento financeiro relativo aos direitos do nascituro caso a gestante não disponha de tais recursos até que seja identificado e responsabilizado o genitor, ou até a adoção da criança, se for essa a vontade da gestante.

A análise dos artigos do Projeto de Lei que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro permite verificar a importância de rediscutir os pontos importantes acima elencados para que entre em vigor um Estatuto completo, capaz de atender às necessidades de proteção aos direitos existenciais do ser humano por nascer em face do contexto histórico contemporâneo.

CONCLUSÃO

A evolução científica, em tese, guarda grandes possibilidades de melhoria na qualidade de vida, seja no âmbito individual, seja no coletivo. Na prática, contudo, o que teria como meta beneficiar o ser humano, muitas vezes tem se tornado um revés no que diz respeito à sua própria dignidade.

O direito à vida, tende-se a afirmar categoricamente, é uma questão juridicamente sacramentada; porém, em que medida esta sacralização ocorre de fato nas inúmeras esferas de uma organização social é outra questão cuja resposta não é categórica.

Diante do amplo desenvolvimento das técnicas médicas e biotecnológicas, o direito à vida, ao invés de ser mais valorizado, tem seu valor diminuído no espaço cultural, ainda que no plano jurídico haja respaldo na Constituição Federal brasileira, nos tratados de direitos humanos, nas Leis civis e penais e especialmente em razão do supraprincípio da dignidade da pessoa humana como viés fundamental de nosso Estado Democrático.

Se em um plano geral a questão oscila entre a idealização e a realidade adversa, do ponto de vista do nascituro há muito mais lacunas a preencher do que certezas a que se apegar. É neste sentido que a pergunta central desse trabalho foi formulada, a saber: como garantir, no plano jurídico brasileiro, a máxima efetividade possível ao direito fundamental à vida do nascituro?

Em busca de uma resposta que permita transpor o emaranhado controverso de um tema tão pontual, a abordagem principiou pelo tópico referente ao início da vida humana individual sob viés científico e a necessidade ética de reconhecimento e respeito à dignidade humana intrínseca na esfera dos diferentes prismas bioéticos, o que reafirmou a singularidade única e inquestionável que marca nossa humanidade enquanto consciência e liberdade.

Do ponto de vista das normas do sistema jurídico pátrio no que se refere ao direito positivado à vida do nascituro desde a concepção, relevou-se a abordagem de dois precedentes jurisprudenciais mais recentes vinculados ao tema, ambos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, que demonstram um arrefecimento do valor jurídico desse direito.

Isso posto, e considerando que a questão abrange várias áreas de conhecimento, procedeu-se a uma análise do histórico recente, dos séculos XX e início do XXI, da

relativização progressiva da vida humana intrauterina, com enfoque nos principais agentes que influenciaram nesse processo.

A existência de estatísticas falsas comprovam a tentativa de manipulação da opinião pública por parte dos que defendem a legalização do aborto em países estrategicamente selecionados, acentuando-se, assim, a necessidade de revisar os mecanismos jurídicos aptos a garantir o direito à vida do nascituro, uma vez que, como ser existente, essa garantia tem por desdobramentos a preservação do ser humano e de sua dignidade enquanto fundamento para todos os outros direitos.

De modo mais centrado na pergunta de pesquisa e levando em consideração a dignidade intrínseca da vida humana intrauterina, a proteção formal conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro e a ampla relativização do valor dessa vida, tematizou-se seu resguardo jurídico com máxima efetividade ante às possibilidades reais existentes.

Diante desse quadro, há análise de algumas propostas legislativas que culminam no Projeto de Estatuto do Nascituro, foram demonstrados os possíveis equívocos e deficiências que constam nas Leis vigentes quanto à proteção ao nascituro no que diz respeito à sua interpretação e prática.

Com o intuito de garantir proteção jurídica efetiva à vida humana intrauterina, resta evidenciado que sua existência e seu desenvolvimento não se encontram, de modo algum, separados da figura da gestante e de seus direitos, o que torna a questão não somente complexa como também pertinente.

Dessa forma, não há que se falar propriamente em “conflito” entre os direitos do nascituro e os da mulher, mas muito ao contrário: é preciso que se procure ao máximo, por mecanismos jurídicos que confirmem verdadeira comunhão na tutela a esses direitos, tanto em termos legais como infralegais, além de promover políticas públicas envolvendo entidades e associações da sociedade civil que trabalhem em auxílio e acolhimento ao nascituro e à gestante, especialmente nos casos de maior vulnerabilidade desses sujeitos.

Nesse processo de ponderação de direitos, devem ser considerados tanto o início do processo vital humano como o respeito e o resguardo à qualidade de vida do nascituro e da gestante, o que, por certo, extrapola o âmbito jurídico, mas não pode prescindir dele quanto à busca pela efetividade do direito fundamental à vida.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, Tradução: Ivone Castilho Benedetti, 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013, São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 84, de 2.12.2014, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 5ª edição, de acordo com a Emenda Constitucional nº 56, de 19.12.2007, São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALBERTO, Myrian Vilia Lança; GALDOS, Alvaro Carlos Riveros; MIGLINO, Maria Angélica; SANTOS, José Manoel dos. **Anencefalia: causas de uma malformação congênita**. São Paulo: trabalho realizado na Universidade de São Paulo (USP), Revista de Neurociência; 18(2), 2010.

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume 1. 2ª edição, São Paulo: Edições Loyola, janeiro de 2003.

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. 3ª edição, São Paulo: Edipro, 2013.

BARREIRA, Wagner. **Nascituro – II**. In: **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Edição Saraiva – Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil, v.54, 1977.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2ª edição, 1ª reimpressão, Rio de Janeiro: Editora 34, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Volume I**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. nova edição revista e ampliada, 8ª impressão, São Paulo: Editora Paulus, 2012.

BITENCOURT, Carlos Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva, 10ª edição, 2006.

BLANCHFIELD, Luisa. **Abortion and Family Planning-Related Provisions in U.S. Foreign Assistance Law and Policy**. Congressional Research Service. Disponível em: <https://www.fas.org/sgp/crs/row/R41360.pdf>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 21:30.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de nº 90, de 15.9.2015), São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

BOURGET, Vicent. **O ser em gestação – Reflexões bioéticas sobre o embrião humano**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

CAMARGO, Marculino. **Valores da existência humana: ideais e desafios da vida e da morte**. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 3. 12ª edição, de acordo com a Lei nº 12.850/2013 São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

CAUCHEMEZ, Simon; BESNARD, Marianne; BOMPARD, Priscilla; DUB, Thimotée; GUILLEMETTE-ARTUR, Prisca; EYROLLE-GUIGNOT, Dominique; SALJE, Henrik; VAN KEKHOVE, Maria D; ABADIE, Véronique; GAREL, Catherine; FONTANET, Arnaud, MALLET, Henri-Pierre. **Association between Zika vírus and microcephaly in French Polynesia, 2013-15: a retrospective study**. Lancet: 2016; 387; 2125-32. Disponível em: [http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(16\)00651-6.pdf](http://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(16)00651-6.pdf). Acesso em 12 de novembro de 2016, 21:00.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI: Memoria del Seminario**. Primera Edición, San José: Costa Rica, 2001.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CLEMENTE, Aleksandro. **A legalização do aborto no Brasil: uma questão de saúde pública?** São Paulo. Tese (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

CLOWES, Brian. **Kissinger Report 2004: A Retrospective on NSSM-200**, Human Life International, 2004. Disponível em: http://www.lifeissues.net/writers/clo/Kissinger_Report_2004.pdf. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 22:30.

Comissão em Defesa da Vida do Regional Sul – 1 da CNBB. **Maior de 2012 – A Nova Estratégia Mundial da Cultura de Morte**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z6zfoqcyu7hxot95z3c/a-nova-estrategia-mundial-do-aborto.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2016, 21:00.

CORREA DA SILVA, Adriano. **A anencefalia fetal e o aborto na Evangelium Vitae de João Paulo II**. 2013, Tese (Doutorado em Teologia), Programa de Pós-graduação em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

D'AGOSTINI, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. São Paulo: Editora Unisinos, 2006.

DAVIS, Kingsley. *Política Populacional: Os Programas Atuais Terão Sucesso?* Revista Science, 10 de Novembro de 1967. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/m2st27cgdqr9icute1ok/1-Kingsley-Davis-Politica-Populacional.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2016, 20:00.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 1: Teoria Geral do Direito Civil**. 30ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

_____. **O estado atual do biodireito**. 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DURANT, Guy. **A bioética: Natureza, Princípios e Objetivos**. 2ª edição, São Paulo: Editora Paulus, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo, revisão da tradução: Silvana Vieira, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

ENGELHARDT JÚNIOR, Hugo Tristam. **Fundamentos da Bioética**, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 1ª edição, São Paulo: Centauro Editora, Março de 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema de Direito Civil Brasileiro**. vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1938.

FALGUERAS SALINAS, Ignacio. **Hombre y destino**. Pamplona: EUNSA, 1998.

FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988**. 1ª edição, São Paulo: Ícone Editora, 2011.

FIRESTONE, Shulamite. **The Dialectic of Sex: The Case of Feminist Revolution**. 2nd printing, New York: Bantam Books, January 1972. Disponível em: <https://teoriaevolutiva.files.wordpress.com/2013/10/firestone-shulamith-dialectic-sex-case-feminist-revolution.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2016, 23:00.

FORD FOUNDATION. **Reproductive Health: A Strategy for 1990s (A Program Paper of Ford Foundation)**. New York: NY, June 1991.

_____. **Report of the Study for the Ford Foundation on Policy and Program**. Detroit: Michigan, November 1949. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=wu.89094310596;view=1up;seq=7>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 19:00.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência – A dignidade da pessoa humana e a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA, Antônio; DE MOLINA, Pablos. **Direito Penal: Parte Geral**. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Editora Ícone, 2000.

HOSS, Geni Maria. **Fritz Jahr e o Imperativo Bioético – Debate sobre o início da Bioética na Alemanha e sua importância em nível internacional**. Revista Bioethikos – Centro Universitário São Camilo, 7(1), 2013. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/99/a10.pdf>. Acesso em: 21 de agosto de 2016, 14:00.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal: Volume V (Arts. 121 a 136)**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1942.

ITROVIGNE, Massimo. **Esoterismo, racismo e discriminação – As origens da agenda de gênero**. Tradução pela equipe CNP. Disponível em: <https://padrepauloricardo.org/blog/esoterismo-racismo-e-discriminacao-as-origens-da-agenda-de-genero>. Acesso em: 25 de Setembro de 2016, 19:00.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e Tradução: André Luiz Callegari e Nereu José Giacomilli. 6ª edição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

JOÃO PAULO II, Papa. **Carta Encíclica Evangelium Vitae** (Sobre o valor e a inviolabilidade da vida humana). 7ª edição, São Paulo: Paulinas, 2011.

_____. **Instrução Donum Vitae** (Sobre o respeito à vida humana nascente e a necessidade da procriação). São Paulo: Edições Loyola, 1987.

KACZOR, Christopher. **A ética do aborto – Direitos das mulheres, vida humana e a questão da justiça**. Tradução: Padre Antônio José Maria de Abreu, São Paulo: Edições Loyola, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. Tradução e prefácio de Afonso Bertagnoli, 3ª edição, São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora S.A., 1959.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, Tradução: Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.

KISSLING, Frances (Entrevista com). **O Financiamento internacional do aborto**. Washington D.C., setembro de 2002. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/uploads-br.hipchat.com/83016/598517/0nwzcrGenzFXCXx/8%20-%20Entrevista%20com%20Frances%20Kissling.pdf>. Acesso em: 01º de Outubro de 2016, 21:00.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Direito à Prevenção Especial da Criança na Classificação Indicativa**. São Paulo: PUC-SP, 2016, 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

LEWIS, R.J.; BECKWITH, J.B.; WARKANY, S. **Anencephaly**. New York: Raven Press, 1978.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4ª edição: de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª edição, revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2ª edição, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2013.

MARTINI, Jorge. **O papel dos organismos internacionais na evolução dos estudos populacionais no Brasil: notas preliminares**. Revista Brasileira de Estudos Populacionais, v.22, nº 2, São Paulo, Julho/Dezembro de 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Atenção às Mulheres com Gestações de Anencéfalos: Norma Técnica**. Brasília: DF, Série Direitos Sexuais e Reprodutivos, Caderno nº 11, 2014.

_____. **Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: Norma Técnica**. 1ª edição, Brasília/DF, 1998. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/c145r92oz79gi30fssc1/3-norma-tecnica-jose-serra-versao-1998.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2016, 17:00.

MIRABBETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Paulo. **Manual de Direito Penal – Volume II**. 28ª edição revista e atualizada, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos Fundamentais**. 5ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, fevereiro de 2014.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. **Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro**. São Paulo: Edição Saraiva, 1953.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª edição, revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional nº 91 de 18 de fevereiro de 2016, São Paulo: Editora Atlas S.A., 2016.

NETO. Hélio Angotti, **A morte da medicina**. São Paulo: Vide Editorial, 2014.

NETO, Jorge Andalaf. **Anencefalia: Posição da Febrasgo**. Federação Brasileira das Associações de Ginecologias e Obstetrícia. Disponível em: http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf. Acesso em: 23 de setembro de 2016, 18:00.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais. O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. São Paulo: Editora Renovar, 2003.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal – Volume 2*. 24ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, 2008, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

O'LEARY, Dale. *La Agenda de Genero, Redefiniendo la Igualdad*, New York: Avon, 1971. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/2z3wlfcfgx1x1wxzr644/la-agenda-de-genero-redefiniendo-la-igualdad.pdf>. Acesso em: 28 de setembro de 2016, 22:00.

PAGNONCELLI, André de Carvalho. **Direito à Vida do Embrião**. 2014, Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Lecciones de Derecho Constitucional**. Madrid: Colex, 1997.

PESSINI, Leocir. **As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr**, São Paulo: Revista Bioethikos, 21(1); 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1>. Acesso em: 03 de agosto de 2016, 13:00.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução: Maria de Lourdes Sirgado Ganho, estudo pedagógico: Luíz Loia, edição bilíngue, Lisboa: Edições 70, 2006.

PINTO, Ana Paula; TOCCI, Heloísa Antônia. **O aborto provocado e suas consequências**. Revista de Enfermagem: UNISA; 4: 56-61, 2003. Disponível em: www.unisa.br/graduacao/biologicas/enfer/revista/arquivos/2003-13.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 16:00.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva,, 2013.

POWELL, John. **Aborto: o holocausto silencioso**. São Paulo: Editora Loyola, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 4ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Fundamentos e princípios da bioética. (Conferência proferida em 31.05.2001 na Universidade Federal de São Paulo/Brasil -UNIFESP, evento promovido pelo Núcleo de Fé e Cultura da UNIFESP e pelo Centro de História e Filosofia das Ciências da Saúde da UNIFESP, em parceria com o Núcleo de Fé e Cultura da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)**. Disponível em: <http://www.hottopos.com/notand9/dalton.htm>. Acesso em: 04 de agosto de 2016, 17:00.

ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e a Pesquisas com Células-Tronco: Limites éticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROCELLA, Eugênia; SCARAFFIA, Lucetta. **Contra o Cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia**. São Paulo: Editora Ecclesiae, 2014.

ROLIM, Luiz Clemente de Souza Pereira. **Aborto e traumatismos psicológicos**. São Paulo: Unifesp-EPM, 1996. Disponível em: www.fecomvirtudes.com.br/aborto-e-traumatismos-psicologicos-2/. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 15:00.

ROSENFELD, Patrícia; WIMPEE, Rachel. **The Ford Foundation: Constant Themes, Historical Variation**. Rockefeller Archive Center, 2015. Disponível em: <http://www.pbs.org/wgbh/americanexperience/features/biography/rockefellers-gates/>. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 18:00.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte Geral. Tomo I**. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remensal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Estudos de Direito Penal**. 2ª edição, revisada. Rio de Janeiro: Renovar, Tradução de Luíz Greco, 2008-B.

SANDEL, Michael. **Contra a Perfeição – Ética ne era da engenharia genética**. Tradução: Ana Carolina Mesquita, 1ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada Conceção – Nascendo in vitro e morrendo in machina. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

_____. **O equilíbrio do pêndulo – A bioética e a lei. Implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone Editora, 1998.

_____. (coord). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro, um enigma a ser decifrado: Percepções cognitivas na interpretação da norma**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006.

SANTOS, Marília Andrade dos. **Anencefalia, aquisição de direitos e conceito de morte. (Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina)**. Disponível em: <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/9720-9719-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2016, 16:00.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2004.

SENADO FEDERAL – Comissão de Direitos Humanos. **Estatísticas do aborto: Audiência Pública**. 05 de Maio de 2005. Disponível em: [file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20\(1\).pdf](file:///Users/caio/Downloads/DOC_PARTICIPANTE_EVT_2174_1430841061822_K-Comissao-Permanente-CDH-20150505EXT021_parte4292_RESULTADO_1430841061822%20(1).pdf). 07 de novembro de 2016, 13:00.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética, Volume I – Fundamentos e ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2015.

SILVEIRA, Carlos Eduardo. **Prática do aborto na sociedade contemporânea: perspectivas jurídicas, morais, econômicas e religiosas**. Disponível em: egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13484-13485-1-PB.pdf. Acesso em: 06 de novembro de 2016, 16:30.

SPORDELER DE SOUZA, Paulo Vinícius. **A Criminalidade Genética**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

STEIN, Edith. **Ser finito y ser eterno: Ensayo de una ascención al sentido del ser.** Tradução: Alberto Peres Monroy, Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

THOMPSON, Warren. **Population Control.** 4ª edição, New York: McGRAW-HILL SERIES COMPANY, INC., 1953.

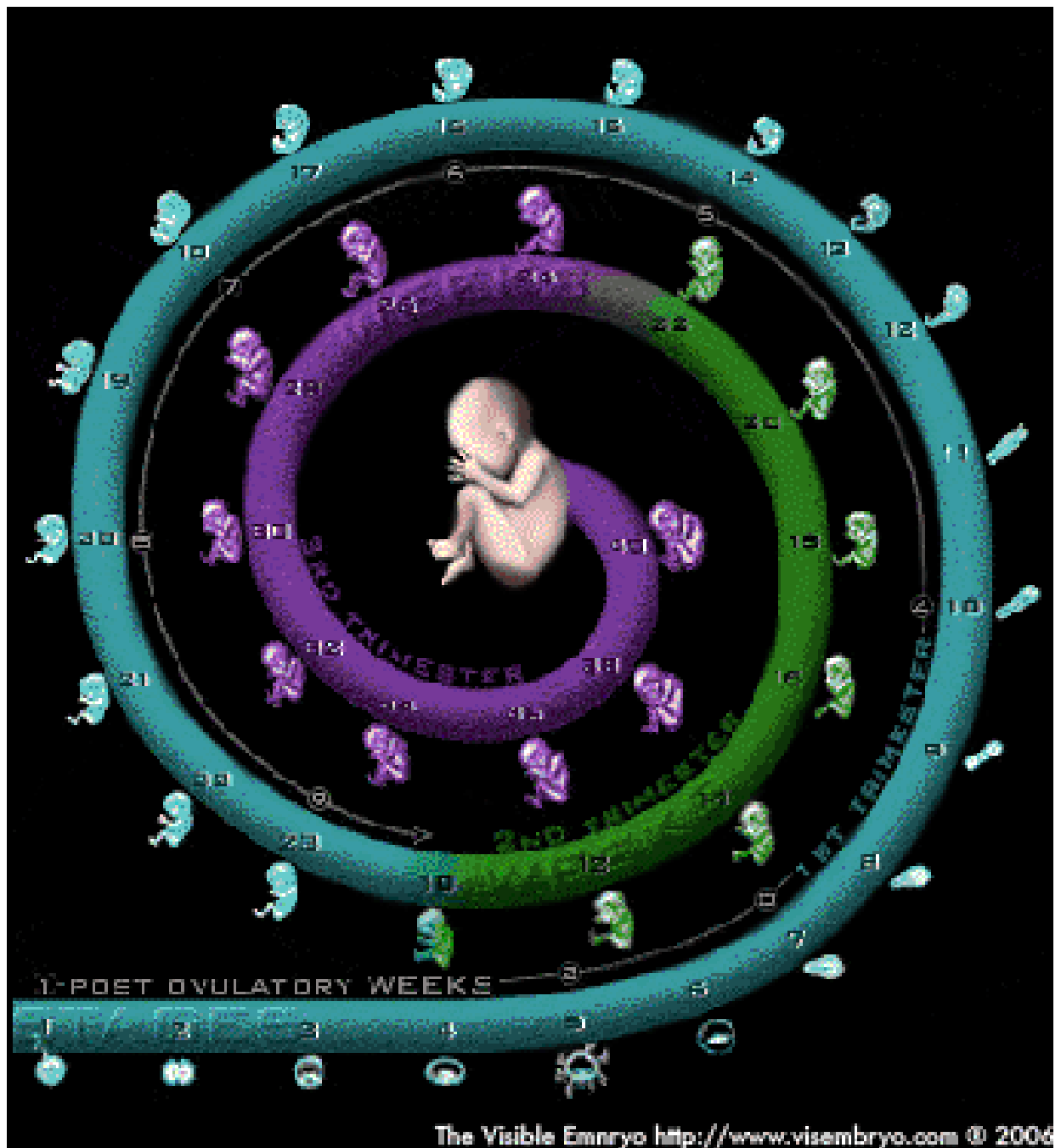
TUMMON, Ian S.; WENTWORTH, Mark A.; THORNHILL, Alan R. **Frozen-thawed embryo transfer and live birth: long-term follow-up after one oocyte retrieval.** In: Fertility and Sterility, Volume 86, Issue (Questão) 1, July 2006 (Julho de 2006). Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0015028206005528>. Acesso em: 04 de novembro de 2016, 15:00.

WARWICK, Donald. **Foreign Aid for Abortion – Hastings Center Report.** Abril de 1980. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3561278?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 01º de novembro de 2016, 22:00.

WIKER, Benjamin. **10 livros que estragaram o mundo.** São Paulo: Vide Editorial, 2014.

XAVIER, Alberto. **As entidades fechadas de previdência privada como instituições de assistência social.** Revista Dialética do Direito Tributário (52), janeiro de 2000.

ANEXO 1: O CICLO VITAL HUMANO ATÉ O NASCIMENTO



**ANEXO 2: SUBSTITUTIVO DO PROJETO DE ESTATUTO DO
NASCITURO**

COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA

**PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007
(Apensos os PLs 489/07, 1.763/07 e 3.748/08)**

Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências.

Autor: Deputado LUIZ BASSUMA e MIGUEL MARTINI

Relatora: Deputada SOLANGE ALMEIDA

I – COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

Na reunião deliberativa desta Comissão, realizada no dia 19 de maio de 2010, após a leitura do parecer, foi proposto modificação o texto do substitutivo, no caput do art. 13, ao final da frase, acrescenta-se a expressão: (Ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro).

Ante o exposto, voto pela aprovação do PL 478/07 e dos apensados PL 489/07, PL 1.763/07 e PL 3.748/08, nos termos do novo substitutivo que apresento.

Sala da Comissão, em de 2010

Deputada SOLANGE ALMEIDA Relatora

**COMISSÃO DE SEGURIDADE SOCIAL E FAMÍLIA
SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 478, DE 2007**

Dispõe sobre a proteção ao nascituro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre normas de proteção ao nascituro.

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ainda que “in vitro”, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutiva, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida.

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à família, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.

Art. 6º Na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se destina, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do nascituro como pessoa em desenvolvimento.

Art. 7º O nascituro deve ser destinatário de políticas sociais que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado atendimento através do Sistema Único de Saúde – SUS.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, de deficiência física ou mental.

Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.

Art. 11. O diagnóstico pré-natal é orientado para respeitar e salvaguardar o desenvolvimento, a saúde e a integridade do nascituro.

§ 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido de consentimento informado da gestante.

§ 2º É vedado o emprego de métodos para diagnóstico pré-natal que causem à mãe ou ao nascituro, riscos desproporcionais ou desnecessários.

Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores.

Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos, ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro:

I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;

II – direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

§ 1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§ 2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe.

Art. 14. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2010.

Deputada SOLANGE ALMEIDA Relatora