MAURICIO DOFF SOTTA

NASCITURO,

OUTRO CORPO, OUTRAS REGRAS... OUTRA VIDA, AFINAL

SÃO JOSÉ DOS PINHAIS
BRAZILIAN JOURNALS PUBLICAÇÕES
DE PERIÓDICOS E EDITORA
2025

Mauricio Doff Sotta

Nascituro, outro corpo, outras regras... outra vida, afinal

Brazilian Journals Editora
2025

2025 by **Brazilian Journals Editora**
Copyright © Brazilian Journals Editora
Copyright do Texto © 2025 Os Autores
Copyright da Edição © 2025 **Brazilian Journals Editora**
Diagramação: Editora
Edição de Arte: Editora
Revisão: Os Autores

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Comitê Editorial:

Profª. Drª. Fátima Cibele Soares - Universidade Federal do Pampa, Brasil
Prof. Dr. Gilson Silva Filho - Centro Universitário São Camilo, Brasil
Prof. Msc. Júlio Nonato Silva Nascimento - Instituto Federal de Educação, Ciência eTecnologia do Pará, Brasil
Profª. Msc. Adriana Karin Goelzer Leining - Universidade Federal do Paraná, Brasil
Prof. Msc. Ricardo Sérgio da Silva - Universidade Federal de Pernambuco, Brasil
Prof. Esp. Haroldo Wilson da Silva - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil
Prof. Dr. Orlando Silvestre Fragata - Universidade Fernando Pessoa, Portugal
Prof. Dr. Orlando Ramos do Nascimento Júnior - Universidade Estadual de Alagoas, Brasil
Profª. Drª. Angela Maria Pires Caniato - Universidade Estadual de Maringá, Brasil
Profª. Drª. Genira Carneiro de Araujo - Universidade do Estado da Bahia, Brasil
Prof. Dr. José Arilson de Souza - Universidade Federal de Rondônia, Brasil
Profª. Msc. Maria Elena Nascimento de Lima - Universidade do Estado do Pará, Brasil
Prof. Caio Henrique Ungarato Fiorese - Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Profª. Drª. Silvana Saionara Gollo - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul, Brasil
Profª. Drª. Mariza Ferreira da Silva - Universidade Federal do Paraná, Brasil
Prof. Msc. Daniel Molina Botache - Universidad del Tolima, Colômbia
Prof. Dr. Armando Carlos de Pina Filho- Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Prof. Dr. Hudson do Vale de Oliveira- Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Roraima, Brasil
Profª. Msc. Juliana Barbosa de Faria - Universidade Federal do Triângulo Mineiro, Brasil
Profª. Esp. Marília Emanuela Ferreira de Jesus - Universidade Federal da Bahia, Brasil
Prof. Msc. Jadson Justi - Universidade Federal do Amazonas, Brasil
Profª. Drª. Alexandra Ferronato Beatrici - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul, Brasil
Profª. Msc. Caroline Gomes Mâcedo - Universidade Federal do Pará, Brasil
Prof. Dr. Dilson Henrique Ramos Evangelista - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Brasil
Prof. Dr. Edmilson Cesar Bortoletto - Universidade Estadual de Maringá, Brasil

BrJ Ano 2025

Prof. Msc. Raphael Magalhães Hoed - Instituto Federal do Norte de Minas Gerais, Brasil
Profª. Msc. Eulália Cristina Costa de Carvalho - Universidade Federal do Maranhão, Brasil
Prof. Msc. Fabiano Roberto Santos de Lima - Centro Universitário Geraldo di Biase, Brasil
Profª. Drª. Gabrielle de Souza Rocha - Universidade Federal Fluminense, Brasil
Prof. Dr. Helder Antônio da Silva, Instituto Federal de Educação do Sudeste de Minas Gerais, Brasil
Profª. Esp. Lida Graciela Valenzuela de Brull - Universidad Nacional de Pilar, Paraguai
Profª. Drª. Jane Marlei Boeira - Universidade Estadual do Rio Grande do Sul, Brasil
Profª. Drª. Carolina de Castro Nadaf Leal - Universidade Estácio de Sá, Brasil
Prof. Dr. Carlos Alberto Mendes Morais - Universidade do Vale do Rio do Sino, Brasil
Prof. Dr. Richard Silva Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul Rio Grandense, Brasil
Profª. Drª. Ana Lídia Tonani Tolfo - Centro Universitário de Rio Preto, Brasil
Prof. Dr. André Luís Ribeiro Lacerda - Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil
Prof. Dr. Wagner Corsino Enedino - Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil
Profª. Msc. Scheila Daiana Severo Hollveg - Universidade Franciscana, Brasil
Prof. Dr. José Alberto Yemal - Universidade Paulista, Brasil
Profª. Drª. Adriana Estela Sanjuan Montebello - Universidade Federal de São Carlos, Brasil
Profª. Msc. Onofre Vargas Júnior - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Goiano, Brasil
Profª. Drª. Rita de Cássia da Silva Oliveira - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil
Profª. Drª. Leticia Dias Lima Jedlicka - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Brasil
Profª. Drª. Joseina Moutinho Tavares - Instituto Federal da Bahia, Brasil
Prof. Dr. Paulo Henrique de Miranda Montenegro - Universidade Federal da Paraíba, Brasil
Prof. Dr. Claudinei de Souza Guimarães - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Profª. Drª. Christiane Saraiva Ogrodowski - Universidade Federal do Rio Grande, Brasil
Profª. Drª. Celeide Pereira - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil
Profª. Msc. Alexandra da Rocha Gomes - Centro Universitário Unifacvest, Brasil
Profª. Drª. Djanavia Azevêdo da Luz - Universidade Federal do Maranhão, Brasil
Prof. Dr. Eduardo Dória Silva - Universidade Federal de Pernambuco, Brasil
Profª. Msc. Juliane de Almeida Lira - Faculdade de Itaituba, Brasil
Prof. Dr. Luiz Antonio Souza de Araujo - Universidade Federal Fluminense, Brasil
Prof. Dr. Rafael de Almeida Schiavon - Universidade Estadual de Maringá, Brasil
Profª. Drª. Rejane Marie Barbosa Davim - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil
Prof. Msc. Salvador Viana Gomes Junior - Universidade Potiguar, Brasil
Prof. Dr. Caio Marcio Barros de Oliveira - Universidade Federal do Maranhão, Brasil
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás, Brasil
Profª. Drª. Ercilia de Stefano - Universidade Federal Fluminense, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D653n DOFF SOTTA, Mauricio

Nascituro, outro corpo, outras regras...outra vida, afinal / Mauricio Doff Sotta. São José dos Pinhais: Editora Brazilian Journals, 2025.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui: Bibliografia
ISBN: 978-65-6016-087-3
DOI: 10.55905/edicon.978-65-6016-087-3_1

1. Nascituro. 2. Vida.
I. Doff Sotta, Mauricio. II. Título.

25-248297 CDU-34:396.2

Brazilian Journals Editora
São José dos Pinhais – Paraná – Brasil
www.brazilianjournals.com.br
editora@brazilianjournals.com.br

Ano 2025

Dedico este livro a todas as mulheres que decidiram continuar com as gravidezes de suas filhas e filhos, enfrentando inimagináveis dilemas e dificuldades de todos os tipos e ordens – quer em relação a elas próprias e suas situações econômicas, aspirações profissionais, acadêmicas, políticas etc., condições de saúde e/ou diante do abandono dos pais biológicos e até da sua própria família, quer em relação às filhas e filhos que carregavam no ventre, à possibilidade de nem sobreviverem até o final da gestação, ou à forma pela qual foram concebidos – e opiniões contrárias, recomendações, admoestações, recriminações e pressões de muitos que lhes eram caros, ou nem tanto, e as aconselhavam e incitavam ao aborto – e, quando ilegal, lhes indicavam meios e fórmulas para tanto, ou nomes de pessoas e contatos, inclusive de profissionais da saúde, que lhes forneceriam fármacos para abortar, ou realizariam os procedimentos abortivos "tudo com segurança" –, quando não ousavam forçá-las a isso. Sua coragem e determinação em prol da vida do ser humano em desenvolvimento nos seus organismos é digna de louvor!

AGRADECIMENTOS

Sou imensamente grato à Inteligência Suprema, Causa Primária de todas as coisas, a oportunidade de enfrentar desafios, estudar e trabalhar muito desde adolescente, de ter renascido em uma família muito amorosa e de ter tido, no curso desta minha trajetória terrena, além dos meus amados familiares, a companhia querida de amigas, amigos e incontáveis pessoas que me apoiaram, me ensinaram e, muitas vezes, direta ou indiretamente me chamaram a atenção, e me censuraram as condutas, e me repreenderam, fazendo-me parar para pensar sobre meus erros e tentar corrigi-los, embora nem sempre o tenha conseguido e reconheça que ainda os tenho – e muitos! e continuo a errar! – e que levarei muitas existências para libertar-me do pesado jugo que eles representam... mas continuarei nesta minha jornada de autoconhecimento e autoaperfeiçoamento rumo à individuação!

“*Quando o poder do amor*
superar o amor pelo poder,
o Mundo conhecerá a Paz.”
(frase atribuída a Jimi Hendrix)

RESUMO

Este ensaio teórico calcado na noção de sistema jurídico e na prevalência das normas de hierarquia superior em essência da Constituição Federal brasileira, inclusive sobre outras normas constitucionais, manifesta o entendimento de que, para o Direito brasileiro, o direito à vida do nascituro – ser humano em desenvolvimento no organismo da mulher – deve ser garantido desde a concepção, com absoluta prioridade sobre qualquer outro, exceto o direito à vida da mulher gestante. Disso resulta que: **(a)** a única hipótese legítima de excludente de punibilidade do aborto – leia-se, indução de parto para um nascimento sem vida – é a do aborto necessário para salvar a vida da mulher quando não há outra alternativa (Código Penal, art. 128, I), cabível inclusive no caso de sofrimento psíquico grave que implique risco de morte, qualquer que seja a causa da gravidez; **(b)** são incoerentes com o sistema jurídico brasileiro e, portanto, antinômicas, as excludentes de punibilidade do aborto na gravidez resultante de estupro (Código Penal, art. 128, II), oriunda do *decisum* proferido na ADPF/54 (anencefalia) e decorrentes da extensão dessa decisão, por tribunais brasileiros, a outras anomalias graves do nascituro; **(c)** é igualmente incoerente com o sistema jurídico brasileiro o aborto ao livre-arbítrio da mulher qualquer que seja a idade gestacional e, por isso, não deve ser admitida a pretensão deduzida na ADPF/442; **(d)** a assistolia cardíaca do nascituro, a que se refere a ADPF/1141 (e também tangencia o pedido deduzido na ADPF/989), rigorosamente só é admitida no aborto necessário, pois já o aborto é incoerente com o sistema jurídico brasileiro nos demais casos, mas, enquanto persistirem as antinômicas hipóteses de aborto no Direito brasileiro e essa for a opção da mulher, é válida sua adoção quando o nascituro não reúna condições de sobreviver após o parto, para evitar-lhe cruéis sofrimentos; **(e)** contudo, se o nascituro reúne condições de sobreviver após o parto mesmo que por pouco tempo (p.ex., na anencefalia) e não se trata de aborto necessário, o aborto (e consequentemente a assistolia cardíaca) é ilegítimo e deve ser substituído pela indução do parto para um nascimento com vida, admitindo-se a entrega do recém-nascido à adoção mesmo antes de nascido; e **(f)** o reforço de políticas públicas visando à contracepção – que permite o pleno empoderamento da mulher sobre sua autonomia e liberdade sexual e reprodutiva –, incluída a contracepção de emergência, é o meio juridicamente mais adequado para reduzir a ocorrência de abortos clandestinos/inseguros, pois atende às normas do sistema jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, atua na redução de gravidezes indesejadas e gravidezes na adolescência, que inclusive se constituem em metas de planos de ação internacionais, assim como a redução do recurso ao aborto até a eliminação da necessidade de abortar. Este estudo aborda, ainda, outros temas relacionados ao aborto, tais como: **(a)** a obrigatoriedade legal de preservar a cadeia de custódia das provas e obter o perfil genético do nascituro abortado ou nascido vivo, para a persecução penal do agente do crime de estupro; **(b)** a insuficiência de pesquisas quanto aos efeitos do aborto em relação à saúde física e mental de mulheres, inclusive quanto ao desenvolvimento futuro de doenças crônicas não transmissíveis; **(c)** a objeção de consciência de profissionais de saúde em relação ao aborto; **(d)** as falhas do Estado brasileiro em questões relacionadas à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, em especial na contracepção e planejamento familiar; **(e)** os abortos eugênico, utilitarista, higienista e xenofóbico; além de outros assuntos que tocam de perto o objetivo principal. Contudo, não é objeto do presente estudo a situação jurídica de embriões concebidos *in vitro* e não implantados no organismo da mulher.

PALAVRAS-CHAVE: aborto, direitos da mulher, estupro, anencefalia, assistolia cardíaca.

ABSTRACT

This theoretical essay, based on the notion of a legal system and the prevalence of the higher-ranking norms in the Brazilian Federal Constitution, even over other constitutional norms, expresses the understanding that, for Brazilian law, the right to life of the unborn child – a human being developing in a woman's body – must be guaranteed from conception, with absolute priority over any other, except the right to life of the pregnant woman. It follows that: **(a)** the only legitimate hypothesis excluding the punishability of abortion – i.e. the induction of labour for a lifeless birth – is that of abortion necessary to save the woman's life when there is no other alternative (Brazilian Penal Code, art. 128, I), which is also applicable in the case of severe psychological suffering that implies a risk of death, whatever the cause of the pregnancy; **(b)** are inconsistent with the Brazilian legal system and, therefore, antinomian, the exclusions from the punishability of abortion in pregnancy resulting from rape (Brazilian Penal Code, art. 128, II), arising from the decision handed down by the Brazilian Supreme Federal Court in ADPF/54 (anencephaly) and resulting from the extension of this decision by Brazilian courts to other serious anomalies of the unborn child; **(c)** it is also inconsistent with the Brazilian legal system for abortion to be at the woman's free will, regardless of the gestational age, and therefore the claim made in ADPF/442 should not be accepted; **(d)** the cardiac asystole of the unborn child, referred to in ADPF/1141 (and that also touches on the claim made in ADPF/989), is strictly only allowed in necessary abortions, as abortion is inconsistent with the Brazilian legal system in other cases, but, as long as the antinomian hypotheses of abortion persists in Brazilian law and this is the woman's choice, it is valid to adopt it when the unborn child is unable to survive after birth, in order to avoid cruel suffering; **(e)** however, when the unborn child is able to survive after birth even for a short time (e.g. anencephaly) and it is not a necessary abortion, abortion (and consequently cardiac asystole) is illegitimate and should be replaced by induction of labour for a live birth, assuming that the newborn can be given up for adoption even before birth; and **(f)** the reinforcement of public policies aimed at contraception – which allows for the full empowerment of women over their sexual and reproductive autonomy and freedom – including emergency contraception, is the legally most appropriate means of reducing the occurrence of clandestine/unsafe abortions, as it complies with the norms of the Brazilian legal system and, at the same time, acts to reduce unwanted pregnancies and teenage pregnancies, which are even targets of international action plans, as well as the reduction of the recourse to abortion to the point of eliminating the need for abortion. This study also addresses other topics related to abortion, such as: **(a)** the legal obligation to preserve the chain of custody of evidence and obtain the genetic profile of the aborted unborn child or the live-born child for the criminal prosecution of the perpetrator of the crime of rape; **(b)** the lack of research on the effects of abortion on the physical and mental health of women, including the future development of chronic non-communicable diseases; **(c)** the conscientious objection of health professionals in relation to abortion; **(d)** the failures of the Brazilian state in matters related to women's sexual and reproductive health, especially contraception and family planning; **(e)** eugenic, utilitarian, hygienist and xenophobic abortions; as well as other issues that closely touch on the main subject. However, the legal situation of embryos conceived in vitro and not implanted in the woman's body is not the subject of this study.

KEYWORDS: abortion, women's rights, rape, anencephaly, cardiac asystole.

RESUMEN

Este ensayo teórico, basado en la noción de ordenamiento jurídico y en la prevalencia de las normas de mayor jerarquía en la Constitución Federal brasileña, incluso sobre otras normas constitucionales, expresa el entendimiento de que, en Brasil, el derecho a la vida del niño por nacer – el ser humano que se desarrolla en el cuerpo de la mujer – debe ser garantizado desde la concepción, con prioridad absoluta sobre cualquier otro, excepto el derecho a la vida de la gestante. De ello se deduce que: **(a)** la única hipótesis legítima que excluye la punibilidad del aborto – léase la inducción del parto para provocar un nacimiento sin vida – es la del aborto necesario para salvar la vida de la mujer cuando no hay otra alternativa (Código Penal brasileño, art. 128, I), que también es aplicable en caso de sufrimiento psicológico grave que implique riesgo de muerte, cualquiera que sea la causa del embarazo; **(b)** son incoherentes con el ordenamiento jurídico brasileño y, por lo tanto, antinómicas, las exclusiones de la punibilidad del aborto en el embarazo resultante de violación (Código Penal brasileño, art. 128, II), derivadas de la decisión dictada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en la ADPF/54 (anencefalia) y resultantes de la extensión de esta decisión por los tribunales brasileños a otras anomalías graves del niño por nacer; **(c)** también es incompatible con el ordenamiento jurídico brasileño que una mujer pueda abortar a su libre albedrío, cualquiera que sea la edad gestacional, y por lo tanto no debe aceptarse la pretensión formulada en la ADPF/442; **(d)** la asistolia cardíaca del niño por nacer, a que se refiere la ADPF/1141 (y también se refiere a la demanda judicial presentada en ADPF/989), sólo se permite estrictamente en los abortos necesarios, ya que en los demás casos el aborto es incompatible con el ordenamiento jurídico brasileño, pero, mientras persistan en el Derecho brasileño las hipótesis antinómicas del aborto y éste sea una elección de la mujer, es válida su adopción cuando el niño por nacer no esté en condiciones de sobrevivir después del nacimiento, a fin de evitar sufrimientos crueles; **(e)** sin embargo, cuando el niño por nacer es capaz de sobrevivir después del nacimiento, aunque sea por poco tiempo (por ejemplo, en la anencefalia), y no se trata de un aborto necesario, el aborto (y consecuentemente la asistolia cardíaca) es ilegítimo y debe ser sustituido por la inducción del parto para un nacido vivo, asumiendo que el recién nacido puede ser dado en adopción incluso antes de nacer; y **(f)** el refuerzo de las políticas públicas dirigidas a la anticoncepción – que permite el pleno empoderamiento de las mujeres sobre su autonomía y libertad sexual y reproductiva –, incluida la anticoncepción de emergencia, es el medio legalmente más adecuado para reducir la ocurrencia de abortos clandestinos/inseguros, ya que cumple con las normas del ordenamiento jurídico brasileño y, al mismo tiempo, actúa para reducir los embarazos no deseados y los embarazos de adolescentes, que son incluso objetivos de planes de acción internacionales, así como reducir el recurso al aborto hasta eliminar la necesidad de abortar. Este estudio también abarca otros temas relacionados con el aborto, como: **(a)** la obligación legal de preservar la cadena de custodia de las pruebas y obtener el perfil genético del niño por nacer abortado o nacido vivo, para la persecución penal del autor del delito de violación; **(b)** la insuficiente investigación sobre los efectos del aborto en la salud física y mental de la mujer, incluido el futuro desarrollo de enfermedades crónicas no transmisibles; **(c)** la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios en relación al aborto; **(d)** las deficiencias del Estado brasileño en cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva de las mujeres, especialmente la anticoncepción y la planificación familiar; **(e)** los abortos eugenésicos, utilitaristas, higienistas y xenófobos; así como otros que tocan de cerca el objetivo principal. Sin embargo, la situación jurídica de los embriones concebidos in vitro y no implantados en el cuerpo de la mujer no es objeto de este estudio.

PALABRAS CLAVE: aborto, derechos de la mujer, violación, anencefalia, asistolia cardiaca.

APRESENTAÇÃO

Permito-me escrever esta apresentação em 1ª pessoa do singular, pois entendo conveniente expor alguns aspectos pessoais que dizem respeito à elaboração do presente estudo.

O gérmen deste ensaio nasceu já quando tive notícia da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, de 2017 (ADPF/442), junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, cuja pretensão é a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, por livre disposição da mulher ou ao seu livre-arbítrio. Em setembro de 2023, foi divulgada a versão "em elaboração" do voto proferido pela então relatora daquela ação, anuindo parcialmente com o pedido inicial. Porém, o impulso para realmente levar a cabo tal empreitada veio com as intensas polêmicas que se levantaram, em particular, a partir da divulgação e posterior suspensão, da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, datada de 28 de fevereiro de 2024, a qual preconiza que o aborto, no caso de gravidez resultante de estupro e de nascituro com anencefalia, pode ser realizado em qualquer idade gestacional, mesmo no extremo final da gravidez e que o nascituro tenha francas condições de sobreviver ao parto.

Esses e outros fatos que lhe são contemporâneos provocaram uma *reviravolta* na minha ideia inicial. Se tinha a intenção de centrar os estudos na possibilidade jurídica de se admitir, no Brasil, a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, em artigo de não mais de trinta páginas, percebi que não mais seria suficiente. Toda a celeuma surgida no 1º semestre de 2024 trouxe a lume outras questões relevantes e controversas a respeito do aborto e, na medida em que passei a estudar e me aprofundar no tema principal e nos provocados por aquelas questões, outros surgiram e foram se desdobrando, inclusive enquanto pesquisava e escrevia, de modo que o estudo acabou resultando neste livro, extenso, mas ainda incompleto, a meu ver.

Bem! desde o início minha intenção fora analisar a questão do aborto do ponto de vista exclusivo do Direito, escoimado, tanto quanto possível, de influências outras, como filosóficas, sociológicas, ideológicas, político-partidárias *etc*. e, principalmente, religiosas ou espiritualistas, mesmo eu sendo espiritualista, como a imensa maioria da população brasileira. Creio que isso é absolutamente necessário, quando alguém se

propõe a uma análise sob enfoque jurídico de temas que dizem respeito à vida, como o aborto, ou, em geral, a realizar pesquisas científicas. Nada obstante, a *total neutralidade do pesquisador* parece ser uma *utopia inalcançável* e embora deva ser por ele arduamente buscada, suas posições pessoais podem implicar risco de viés e devem ser declaradas – e já declaro algumas aqui e tornarei, no primeiro tópico, aos possíveis riscos de vieses que, na minha percepção, devem ser apontados.

Enquanto advogado, muitíssimo raramente atuei em Direito Penal, de modo que reconheço que não sou especialista nessa área. Minha vocação, desde o primeiro dia de aula no Bacharelado em Direito, na Universidade Estadual de Ponta Grossa, foi o Direito Civil, estimulado e instigado pelas aulas do querido Professor Wilson Jerônimo Comel, a quem homenageio, derivando para o Direito Societário, tema da minha dissertação de Mestrado em Direito Privado, sob orientação do Prof. Dr. Marçal Justen Filho, na Universidade Federal do Paraná. Mais tarde, por força da atuação profissional na Diretoria Jurídica do Banco do Brasil, adentrei em outras searas jurídicas, tais como o Direito Público – especialmente nas áreas de licitações/contratos administrativos e das relações entre o Estado e suas sociedades de economia mista que exercem atividade econômica –, o Direito Bancário e Financeiro e o Direito Previdenciário Privado, mas Civil e Societário sempre se mantiveram na *linha de frente* das minhas investigações jurídicas, como igualmente o Direito Constitucional, pois, até por *dever de ofício* e para bem cumprirmos nossa função onde quer que atuemos, *todos os advogados devemos ser constitucionalistas*. Todavia, sempre me interessei pelos temas inerentes ao Direito Penal – creio que todo estudante e profissional do Direito sente por eles *atração* em alguma medida, ainda que se dedique a outras áreas –, mas confesso que, antes de me debruçar nas pesquisas para este ensaio, meus conhecimentos sobre o aborto não passavam muito das noções que trazia da época de estudante de Direito e de alguns acréscimos que vieram depois. Em síntese, sabia que se trata de crime tipificado em modalidades diversas no Código Penal, que prevê duas excludentes de punibilidade – para salvar a vida da mulher gestante e em caso de gravidez resultante de estupro –, às quais o STF acrescentou o aborto de nascituro com anencefalia, por meio da ADPF/54.

Ao tomar conhecimento da ADPF/442 e tendo apenas essas noções muito rudimentares, logo me ocorreu uma *impressão um tanto vaga* de que, no Direito brasileiro, a vida do nascituro gozaria de proteção desde a concepção e não seria

possível admitir o aborto ao livre-arbítrio da mulher, qualquer que fosse a idade gestacional. Isso virou uma *indagação* que, desde então, *me perseguiu*, até que, ao concluir o presente estudo, aquela *vaga impressão* se transformou em *convicção plena*: **no Brasil, o direito à vida do nascituro é dotado de *absoluta prioridade*** e se configura como **cláusula pétrea da Constituição Federal (CF) de superior hierarquia em essência**, sobrepondo-se a quaisquer outros direitos, **incluídos os que possam ser atribuídos à mulher que o gera**, mesmo que por outras cláusulas pétreas**, com a única exceção do direito à vida dessa mulher**, que há de ser preservado em qualquer situação, mesmo à custa da vida do nascituro, se não houver outro meio. Por consequência, são antinômicas, quer as demais excludentes de punibilidade atualmente admitidas no Direito brasileiro – inclusive do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, conclusão essa que, confesso, até me surpreendeu, pois, por viger há mais de oito décadas, é ensinada *como certa* nas disciplinas de Direito Penal –, quer o aborto ao livre-arbítrio da mulher em qualquer idade gestacional, como pretendido na ADPF/442.

Importante dizer que me baseio em uma concepção sistemática do Direito brasileiro, vendo-o como um sistema jurídico, cujo repertório é encimado pela CF e constituído das normas jurídicas nela contidas e das normas infraconstitucionais válidas, incluídas as oriundas de tratados/convenções/pactos internacionais ratificados e internalizados pelo Brasil, mais as que exsurgem da jurisprudência consolidada. Na estrutura desse sistema, vigora o preceito da supremacia das normas emanadas da CF sobre todas as demais, que também há de ser observado na análise delas próprias, dada, p.ex., a preeminência das cláusulas pétreas sobre todo o arcabouço jurídico, a ser observada inclusive quando da edição de emendas à constituição.

Empreguei o método dedutivo, talvez o mais comum na pesquisa jurídica, e o processo consistiu, fundamentalmente, em *testar* se aquela *impressão um tanto vaga* seria ou não encampada pelo Direito brasileiro. Para isso, busquei normas do repertório do sistema jurídico nacional – tantas quantas pude encontrar – que direta ou indiretamente se referissem aos objetivos por mim traçados, e as confrontei com as normas da CF, e, depois, entre si, o que consistiu, respectivamente, no *1º e 2º testes* que realizei. A busca de normas não foi exaustiva e é evidente que não encontrei *todas* as que se relacionam com meus objetivos, mas acredito que consegui contemplar as mais relevantes.

Trago poucas referências de juristas *de renome* e de obras jurídicas *consagradas*, o que pode até ser considerado uma *falha*, mas optei por, de um lado, interpretar diretamente as normas jurídicas que localizei e, de outro, dar preferência a trabalhos disponíveis gratuitamente na Internet (*open access*), portanto, de fácil acesso a quem quer que por eles se interesse. Entretanto, nenhum dos entendimentos e conclusões que manifesto são originais, pois há muitos trabalhos de autoras e autores mui dignos de respeito que os corroboram, alguns dos quais citados, ainda que possamos divergir em determinados pontos não essenciais, o que, no meu entender, não desmerece em nada os trabalhos que referencio, nem, tampouco, invalida as conclusões por mim obtidas. O que talvez me tenha sido possível foi aprofundar um pouco mais os temas versados – o que nem sempre se pode fazer, principalmente quando se trata de artigos, dadas as limitações impostas pelas revistas científicas, inclusive jurídicas – e, quando muito, poderei ter feito alguma ou outra *abordagem original* sobre um aspecto ou outro desses temas.

Também se perceberá que praticamente não são referidos trabalhos pró-aborto, mas isso é resultado de *economia "processual"*: o voto da, então, relatora da ADPF/442, além de se tratar de uma peça processual muito bem escrita, resume, senão todos, os principais argumentos em prol do aborto ao livre-arbítrio da mulher defendidos no Brasil (e em algumas outras partes do Mundo). O mesmo se dá no acórdão proferido na ADPF/54, quanto aos argumentos pró-aborto em caso de anencefalia. Assim, no *3º e derradeiro teste*, confrontei os argumentos pró-aborto de cunho jurídico colhidos nos aludidos voto e acórdão com as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais que analisei, de modo a verificar sua coerência com o sistema jurídico brasileiro. Porém, não haverá referência especifica aos *testes* que realizei, pois, na verdade, foram exercícios mentais e raciocínios que desenvolvi ao longo das pesquisas e da escrita, de modo que à frente vão os seus resultados, em relação a cada tópico abordado.

Notar-se-á que, ao escrever, parcialmente *inverti a ordem de exposição*, começando por normas infraconstitucionais, para chegar às constitucionais e voltar às primeiras, o que talvez estranhe a quem está acostumado(a) a trabalhos jurídicos dessa espécie. Isso, porém, se deve à linha de raciocínio que desenvolvi e, creio, será esclarecida ao longo do estudo. Sem desdita, porém, a prevalência das normas de hierarquia superior em essência da Carta Magna sobre quaisquer outras do repertório

do ordenamento jurídico brasileiro é o norte seguro, necessário e eficaz para a obtenção de conclusões juridicamente válidas, como espero sejam as que obtive.

Creio que daí se pode perceber que me cingi ao Direito brasileiro *posto* ou positivo, buscando analisá-lo à luz da CF, e não me preocupei em desenvolver um estudo nos moldes da *pura* Ciência do Direito. Em verdade, não me julgo plenamente habilitado para empreitadas dessa natureza, e nem creio seja essa minha vocação primeira. Além disso, a atual CF não à toa é cognominada *Constituição Cidadã* e, ainda que possa ter algumas falhas e/ou lacunas, posso afirmar, sem muita margem para erro, que é o melhor texto constitucional que o Brasil já teve em toda a sua história. Na minha opinião, os problemas que se possam atribuir à Constituição Cidadã advêm, muito mais, de interpretações canhestras de determinadas normas nela encontradas, ou que, sem a tomar em sua integralidade e unicidade, segregam dispositivos que são *interessantes para alguns fins* e excluem os que são *desinteressantes* para esses mesmos fins – não raro patrocinadas por *ideologias político-partidárias de plantão* que com isso visam, na maior parte das vezes, apenas aos seus próprios *projetos de manutenção no poder*, com flagrante menosprezo ao Direito brasileiro, assim como às parcelas do Povo brasileiro que talvez *não contribuam com seus votos* e *apoios financeiros* para tais projetos – e, igualmente, da falta de regulamentação de todos os dispositivos da CF, mesmo hoje, passados quase 36 (trinta e seis) anos de sua promulgação. Que esses e outros problemas sejam superados para que a Constituição Cidadã seja respeitada na sua inteireza e que tenha *longa vida*!

O estudo não dispensava, além da definição de alguns termos e expressões que serão amiúde utilizados, para evitar ou minimizar confusões, dois tópicos expositivos, contendo noções preliminares que julguei necessário trazer à baila, para melhor compreensão das conclusões a que chego. O primeiro trata de alguns aspectos da embriogênese humana, o que, a meu ver, é uma lacuna em alguns trabalhos jurídicos sobre o aborto que se propõem a um exame mais aprofundado do tema, conquanto não seja necessário descer a minúcias a respeito. Foram de muita valia, a esse propósito, os conhecimentos que adquiri no Bacharelado em Musicoterapia que cursei na Universidade Estadual do Paraná (*Campus* FAP), como os relacionados a anatomofisiologia, desenvolvimento humano, neurociências, psicopatologia e outros. Claro que se trata de conhecimentos limitados, pois restritos às necessidades do musicoterapeuta enquanto profissional da saúde, e que não se

equiparam aos de um médico, enfermeiro, fisioterapeuta *etc*., que lidam diretamente com o corpo humano e precisam, com profundidade, conhecê-lo e as patologias que possam afetar seu funcionamento. Porém, me permitiram compreender mais facilmente alguns aspectos da Embriogênese e da Medicina que permeiam o aborto e que – assim espero – tenha conseguido trazê-los de forma clara, de modo a permitir, mesmo a quem não detém qualquer conhecimento nessa seara, a compreensão das questões que serão abordadas. O segundo consiste numa breve exposição a respeito de sistema jurídico, pois não se trata de uma noção unívoca e julguei conviesse ficar de pronto esclarecido o que entendo por *sistema jurídico* e como o enxergo.

Importa anotar que a dicotomia entre materialismo e espiritualismo nas Ciências interessa aos temas versados, que tratam do direito à vida, cujo conteúdo e extensão podem ser afetados por posicionamentos oriundos de uma e outra dessas vertentes. Apesar disso, já referi nesta apresentação e também apontarei no tópico introdutório do estudo, que não me ative a questões relacionadas à religiosidade/espiritualidade, nem tampouco, à polêmica materialismo *versus* espiritualismo. Nada obstante, entendi oportuno fazer um apêndice, onde anotei algumas das minhas considerações acerca da dicotomia entre materialismo e espiritualismo nas Ciências neste séc. XXI, com o fito de, ao menos, colaborar quanto ao discernimento de eventual risco de viés que isso possa representar e, quem sabe, promover outras e melhores reflexões a respeito desse debate.

Como em qualquer trabalho científico, profissional, acadêmico *etc*., chega um momento em que seu(sua) autor(a) *tem que dar um basta*: suspender as pesquisas, embora tentado(a) a continuá-las, para se dedicar à redação e revisão do texto final. Fixei esse momento na data que vai ao final desta apresentação, que também marca o dia em que revi todos os *links* das referências e páginas citadas em notas de rodapé, bem como o andamento das ações judiciais referidas. Esclareço que não utilizei inteligência artificial (IA) para a elaboração do texto e as diversas *versões finais* foram inúmeras vezes revistas, até chegar a este resultado. Certamente não é perfeito, pois ainda pode haver erros da língua portuguesa, de referências a normas, de menção a páginas em citações ou até outros mais relevantes, mas, de todo modo, espero não tragam prejuízo à compreensão do quanto exposto, ao tempo em que agradeço se me forem apontados, para as erratas que sejam necessárias ou, quem sabe, até para uma nova edição.

Finalizando esta apresentação, se o aborto é um assunto polêmico *de per si*, os entendimentos que trago podem ser tudo, menos isentos de contraposição, especialmente de pessoas e grupos que se postam *pró-aborto* no Brasil (e talvez fora dele). Porém, não descuro que se possam contrapor também pessoas/grupos que se manifestam *contra o aborto*, dado que admito a extensão da excludente de punibilidade do aborto para salvar a vida da mulher às situações que derivem de *sofrimento psíquico grave* e lhe acarretem *risco de morte*, qualquer que seja a causa da gravidez, o emprego da *pílula do dia seguinte* e a entrega à adoção de filho(a) concebido em decorrência de estupro ou no caso de anencefalia e outras questões controversas. Ademais, sigo uma linha *nada conservadora* quanto a família/entidade familiar, casamento/união estável, heterossexualidade/homossexualidade/transexualidade, casamentos abertos, casais/trisais/quadrisais *etc*., e teço críticas à deficiente e ineficiente atuação do Estado brasileiro nas áreas da saúde e educação sexual e reprodutiva, planejamento familiar, métodos contraceptivos e à prevenção da anencefalia e outras anomalias do nascituro, assim como na própria educação em geral – o que se evidencia há pelo menos uma década nos ensinos fundamental e médio, cada vez mais claramente –, em detrimento de mulheres (e homens), principalmente das mais desfavorecidas. Agrega-se a isso a ausência de normas infralegais e orientações que viabilizem a efetiva persecução penal de agentes de crimes sexuais, mormente de crimes de estupro e estupro de vulnerável, hoje apuráveis por meio de ação penal pública incondicionada e que podem ter, quer como vítimas, quer como agentes, mulheres e homens, indistintamente. Vivendo em uma época de *polarizações* – em que, geralmente, o *valor* consiste em *desvalorizar* o *antagonista*, real ou imaginário, ainda que possa defender ideias válidas e oportunas – e diante de toda a celeuma que o *aborto* e demais temas tratados provocam, bem como dos entendimentos que aqui assumo e conclusões a que chego, a partir da principal já enunciada, não me surpreenderá em nada que o presente estudo e eu próprio recebamos críticas de *gregos e troianos*, as mais variadas possíveis.

Curitiba (PR), 8 de novembro de 2024.

O autor.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Estágios Carnegie de Desenvolvimento Humano 18
Figura 2 – Desenvolvimento do SNC no nascituro 21
Figura 3 – Fases de desenvolvimento do nascituro e sua correlação com a IG 22
Figura 4 – Cláusulas pétreas referentes a direitos e garantias individuais 35
Figura 5 – Resultados para bebês nascidos vivos entre 22 e 26 semanas de gestação 116
Figura 6 – Imagem de feto abortado com 12 semanas ou três meses de gestação 191
Figura 7 – Esquema vicioso da ineficiência do Estado quanto à prevenção do aborto inseguro 349

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AE – Anticoncepção de emergência

AGU – Advocacia Geral da União

Ahoc – Anticonceptivos Hormonais Orais Combinados

Amiu – Aspiração Manual Intrauterina (técnica de abortamento cirúrgico); (ou AVM)

Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

APA – *American Psychological Association*

AVC – Acidente vascular Cerebral

AVE – Aspiração a vácuo elétrica (técnica de abortamento cirúrgico)

AVM – Aspiração a vácuo manual (técnica de abortamento cirúrgico); (ou Amiu)

BAPM – *British Association for Perinatal Medicine*

BVS – Biblioteca Virtual de Saúde

c/c – combinado com

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

CC – Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

CEFDM – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

CEM – Código de Ética Médica

Cepal – Comissão Econômica para a América Latina

CF – Constituição Federal (Promulgada em 5 de outubro de 1988)

CFM – Conselho Federal de Medicina

CGU – Corregedoria Geral da União

CID-11 – 11ª edição da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (OMS); v. ICD-11

CIDC – Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

CIDPP – Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)

CPC – Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)

CRM – Conselho Regional de Medicina

D&C – Dilatação e curetagem por sucção (técnica de abortamento cirúrgico)

D&E – Dilatação e evacuação (técnica de abortamento cirúrgico)

DCNT – Doenças crônicas não transmissíveis

Deam – Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher

DIU – Dispositivo intrauterino

DJ – Diário da Justiça

DNA – *Deoxyribonucleic acid* (em português: ácido desoxirribonucleico)

DSM-5 – *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders 5th Edition* (em português: 5ª edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) (APA)

DST – Doenças sexualmente transmissíveis; (ou IST)

EC – Emenda constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)

EF – Ensino fundamental

ELA – Esclerose lateral amiotrófica

EM – Ensino médio

EUA – Estados Unidos da América

Figo – Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia

HC – *Habeas Corpus*

HIV – *Human Immunodeficiency Virus* (em português: vírus da imunodeficiência humana)

ICD-11 – *International Classification of Diseases for Mortality and Morbidity Statistics 11th Revision*; v. CID-11

Ideb – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica

IG – Idade gestacional

IST – Infecções sexualmente transmissíveis; (ou DST)

JECrim – Juizados Especiais Criminais

KCl – Símbolo químico do cloreto de potássio

LCP – Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941)

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)

LRP – Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973)

ME – Morte encefálica

MEC – Ministério da Educação (a sigla corresponde a Ministério da Educação e Cultura, mas é tradicional no Brasil e foi mantida na designação oficial do Ministério da Educação, embora a cultura, atualmente, esteja afeta a ministério próprio)

MJ – Ministério da Justiça

MMG – Morbidade Materna Grave

MS – Ministério da Saúde

não p. – não paginado

Nice – *National Institute for Health and Care Excellence*

NIPT - *Noninvasive prenatal testing* (em português: Teste pré-natal não invasivo)

NMM – *Near Miss* Materno ou quase morte da gestante

NV – Nascido vivo

ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PCDT – Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

PDC – Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, Tratados ou Atos Internacionais

PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Pidesc – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PL – Projeto de lei

Pnaish – Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem

PNE – Plano Nacional de Educação

PNTN – Programa Nacional de Triagem Neonatal

POF – Pesquisa de Orçamento Familiar

RCOG - *Royal College of Obstetricians & Gynaecologists*

RE – Recurso Extraordinário

Risug – *Reversible Inhibition of Sperm Under Guidance* (em português: Inibição Reversível de Esperma sob Orientação)

RN – Recém-nascido ou recém-nato

s.m.j. – salvo melhor juízo

Saeb – Sistema de Avaliação do Ensino Básico

Saes – Secretaria de Atenção Primária à Saúde

Saps – Secretaria de Atenção Especializada à Saúde

SCZ – Síndrome Congênita associada à infecção pelo vírus Zika

SD – Síndrome de Down

SEI-MS – Sistema Eletrônico de Informações do Ministério da Saúde

SIM – Sistema de Informações sobre Mortalidade

Sinan – Sistema de Informação de Agravos de Notificação

SNC – Sistema Nervoso Central

SNP – Sistema Nervoso Periférico

SNVE – Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica

SNVS – Sistema Nacional de Vigilância Sanitária

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUAS – Serviço Único de Assistência Social

SUS – Serviço Único de Saúde

SVO – Serviço de Verificação de Óbito

SVS – Secretaria de Vigilância em Saúde do MS

tb. – também

TGD – Teoria Geral do Direito

TMC – Transtornos mentais comuns

trad. – tradução

Unesco – *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (em português: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)

UPM – Último período menstrual

UTI – Unidade de tratamento intensivo

v. – veja; *vide*

vs. – *versus*

WPA – *World Psychiatry Association*

OBS.: esta lista inclui abreviaturas que aparecem em citações e notas de rodapé, ainda que uma única vez em todo o texto, mas não inclui as encontradas apenas nas referências.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 1
DELIMITAÇÃO DO TEMA, OBJETIVOS, METODOLOGIA E RISCOS DE VIÉS

CAPÍTULO 2 10
PROLEGÔMENOS
2.1 DEFINIÇÕES DE ALGUNS TERMOS E EXPRESSÕES 10
2.2 O NASCITURO NO ORGANISMO DA MULHER 16
2.3 SISTEMA JURÍDICO E NORMAS JURÍDICAS SUPERIORES EM ESSÊNCIA 22

CAPÍTULO 3 39
INÍCIO DA VIDA HUMANA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: A CONCEPÇÃO
3.1 ALGUMAS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA NO DIREITO 39
3.2 ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA AO SER HUMANO 43
3.3 NATIMORTO E MORTE DURANTE OU LOGO APÓS O PARTO 45
3.4 CONTRAPONTOS A TEORIAS QUE NEGAM VIDA DESDE A CONCEPÇÃO 49
3.5 DIREITO CONVENCIONAL E PROTEÇÃO À VIDA DESDE A CONCEPÇÃO 52
3.6 DIREITO DE NASCER NO ECA E DIREITO A ALIMENTOS GRAVÍDICOS 58
3.7 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO NASCITURO DESDE A CONCEPÇÃO 63
3.8 RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS PENAIS SOBRE ABORTO 71

CAPÍTULO 4 80
POLÊMICAS SOBRE A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA DESDE A CONCEPÇÃO
4.1 DIREITOS DO NASCITURO NA GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO 81
4.1.1 Breve histórico sobre o aborto no ordenamento jurídico brasileiro 81
4.1.2 Princípio da humanidade das penas em relação a condenados por crime de estupro 88
4.1.3 Do princípio da humanidade das penas ao princípio da vedação à crueldade 90
4.1.4 Princípio da vedação à crueldade do aborto em relação ao nascituro e à mulher 92
4.1.5 Princípio da pessoalidade das penas no crime de estupro 102
4.1.6 Alternativas ao aborto na gravidez resultante de estupro 106
4.1.6.1 Contracepção tradicional e contracepção de emergência 107
4.1.6.2 Entrega de filha(o) nascida(o) de gravidez resultante de estupro à adoção 111
4.1.7 Aborto para salvar a vida da mulher vítima de estupro em grave sofrimento psíquico 119
4.1.7.1 Sofrimento psíquico grave como fundamento para o aborto necessário 120
4.1.7.2 Cuidados a serem adotados por médicos e demais profissionais de saúde 125
4.1.8 Persecução penal como meio de prevenir e erradicar o crime de estupro 127
4.1.8.1 Ação penal pública incondicionada para apuração de estupro e outros crimes sexuais 128
4.1.8.2 Determinação do perfil genético do acusado do crime de estupro 129
4.1.8.3 Determinação do perfil genético do nascituro concebido em consequência de estupro 133
4.1.8.4 Deveres de médicos/outros profissionais que atuam na qualidade de agentes públicos 134
4.1.8.5 Notícia-crime no caso de violência sexual contra a mulher 136
4.1.8.6 Notícia-crime no caso de violência sexual contra crianças e adolescentes 139
4.1.8.7 Notícia-crime no caso de violência sexual contra pessoas idosas 141
4.1.8.8 Necessidade de atualizar normas infralegais sobre notícia-crime de estupro 144
4.1.8.9 Dever de o Estado adotar medidas para preservar a cadeia de custódia das provas 147
4.1.8.10 Riscos para o Estado do descumprimento de normas internas e internacionais 150
4.2 DIREITOS DO NASCITURO *VS.* ABORTO AO LIVRE-ARBÍTRIO DA MULHER 155
4.2.1 Principais argumentos pró-aborto ao livre-arbítrio da mulher (*Voto* na ADPF/442) 155
4.2.1.1 Primeira premissa: proteção do direito à vida no constitucionalismo 156
4.2.1.2 Segunda premissa: direitos fundamentais das mulheres 159
4.2.1.3 Terceira premissa: direitos sexuais reprodutivos 160

4.2.1.4 Quarta premissa: justiça social reprodutiva 168
4.2.1.5 Tutela penal como resposta do Estado à proteção da vida humana 171
4.2.1.6 Criminalização do aborto e restrição dos direitos fundamentais das mulheres 176
4.2.1.7 Tutela penal do aborto quanto à regra da proporcionalidade 180
4.2.1.8 Limites do Judiciário na implantação de um sistema de justiça social reprodutiva 181
4.2.1.9 Conclusão e disposição do Voto 182
4.2.2 Resumo dos argumentos pró-aborto ao livre-arbítrio da mulher 183
4.2.3 Imperfeitas *urdidura* e *trama* dos argumentos pró-aborto 187
4.2.4 Descabimento da descriminalização do aborto em função da idade gestacional 189
4.2.5 Presença de vida humana no nascituro, e não apenas *vida em potencial* 192
4.2.6 Omissões quanto à garantia do direito à vida do nascituro 194
4.2.7 Igualdade entre mulher e homem ante a prioritária proteção à vida do nascituro 200
4.2.8 Liberdade: o mais limitado dos direitos e garantias individuais 203
4.2.9 Prioridade do direito à vida do nascituro em face do direito à vida em geral 205
4.2.10 Princípio da proporcionalidade em relação ao direito à vida do nascituro 209
4.2.11 Direito Convencional e direito à vida do nascituro 211
4.2.12 Recomendações internacionais e direito à vida do nascituro 216
4.2.13 Liberdade sexual, reprodutiva e de planejamento familiar: contracepção 226
4.2.14 Consequências negativas do aborto para a saúde física e mental da mulher 241
4.2.15 Crime de aborto do art. 124 do CP e prerrogativas da mulher por ele acusada 260
4.2.16 Proteção da mulher contra aborto forçado e aborto inseguro, clandestino ou não 264
4.3 DIREITOS DO NASCITURO COM ANENCEFALIA 274
4.3.1 A decisão proferida na ADPF/54 275
4.3.2 Aborto e antecipação terapêutica do parto 277
4.3.3 Vida e nascimento com vida de nascituros com anencefalia 278
4.3.3.1 Características da anencefalia 281
4.3.3.2 Existência de porções funcionais do encéfalo na anencefalia e erros de diagnóstico 285
4.3.3.3 Atributos humanos do nascituro com anencefalia 289
4.3.3.4 Diferenças entre nascituro com anencefalia e pessoa com morte encefálica 293
4.3.3.5 Possibilidade de o nascituro com anencefalia sentir dor 299
4.3.4 Aborto quando de grave sofrimento psíquico da mulher em caso de anencefalia 300
4.3.5 Riscos para a vida da mulher na gravidez de nascituro com anencefalia 303
4.3.6 Indução para nascimento com vida, em vez de aborto de nascituro com anencefalia 308
4.4 DIREITOS DO NASCITURO E ASSISTOLIA CARDÍACA 311
4.4.1 Polêmicas jurídicas acerca da assistolia cardíaca do nascituro 312
4.4.2 Dever constitucional de preservar a vida de quem pode nascer com vida 315
4.4.3 Assistolia cardíaca do nascituro no aborto para salvar a vida da mulher 318
4.4.4 Por que a opção pela morte, quando há opção pela vida? 323
4.4.5 Parto com vida em substituição ao aborto de nascituro que pode sobreviver 331
4.4.6 Objeção de consciência no abortamento 340
4.4.7 Admissibilidade da assistolia cardíaca do nascituro para salvar a vida da mulher 345

CAPÍTULO 5 347
FALHAS ESTATAIS QUANTO A DIREITOS SEXUAIS, REPRODUTIVOS E OUTROS
5.1 FALHAS NAS POLÍTICAS ESTATAIS EM FACE DO ABORTO INSEGURO 348
5.1.1 O vicioso esquema que mascara as falhas estatais em face do aborto inseguro 348
5.1.2 Falhas do Estado nas políticas de educação e saúde sexual/reprodutiva e contracepção 353
5.1.3 Desarrazoabilidade e desproporcionalidade do aborto ao livre-arbítrio da mulher 360
5.1.4 Falhas do Estado no amparo à mulher diante de gravidez indesejada/não planejada 363
5.2 ABORTOS EUGÊNICO, UTILITARISTA, HIGIENISTA E XENOFÓBICO 367
5.2.1 Aborto eugênico 367
5.2.2 Falhas do Estado na prevenção da anencefalia e outras anomalias no nascituro 381
5.2.3 Abortos utilitarista, higienista e xenofóbico 384
5.3 *OBITER DICTUM*: FALHAS ESTATAIS EM RELAÇÃO AO HOMEM 395
CAPÍTULO 6 403
AFINAL... OUTRA VIDA, OUTRO CORPO, OUTRAS REGRAS

REFERÊNCIAS **412**

APÊNDICE **423**
MATERIALISMO E ESPIRITUALISMO NAS CIÊNCIAS NO SÉC. XXI
REFERÊNCIAS DO APÊNDICE 432

CAPÍTULO 1

DELIMITAÇÃO DO TEMA, OBJETIVOS, METODOLOGIA E RISCOS DE VIÉS

Eu fico com a pureza
Da resposta das crianças:
É a vida, é bonita
E é bonita.
(Gonzaguinha)

O que é *vida*? A busca da resposta a essa pergunta é uma árdua tarefa que assombra a humanidade há milênios e envolve não apenas as Ciências Biológicas (aí incluída a Medicina), mas também a Filosofia, Sociologia, Antropologia, Teologia, Psicologia, Astrofísica *etc*. e igualmente o Direito, em quase todas as suas facetas. Conquanto possa haver algum consenso sobre *o que é vida*, ou seja, sobre o que caracteriza um ser vivente – inclusive um *ser humano vivente* –, essa pergunta realmente *assombra*, tanto no sentido de *deslumbrar*, pelas inúmeras possibilidades de *vida* em circunstâncias em que, para alguns cientistas, ela *não deveria existir*, *nem poderia prosperar*, quanto no sentido de *apavorar*, por ainda não se ter chegado a um denominador comum a respeito. Sem dúvida, há muitas discussões a propósito de *o que é vida*, não raro embaladas por ideologias e teorias que se digladiam, especialmente a partir de meados do séc. XIX, quando as Ciências passaram a se organizar nos moldes vistos hodiernamente e adotaram orientação predominantemente informada por doutrinas materialistas, o que, diga-se *en passant*, foi necessário para extirpar pseudoconhecimentos assentados em mitos, crendices e superstições que entravavam seu avanço, mas implicou o afastamento, em especial na área da Saúde, até mesmo de indagações que pudessem denotar referências a *algo* além da matéria.

À parte discussões dessa natureza, quiçá a melhor resposta sobre *o que é a vida?* esteja na *pureza da resposta das crianças*, como dizem os versos do falecido poeta e compositor Gonzaguinha... Em verdade, porém, os objetivos deste trabalho não se centram em saber *o que é vida*, pois isso ultrapassa o Direito e, no plano

jurídico brasileiro, há duas perguntas a respeito da *vida* igualmente relevantes: ***A partir de quando a* vida humana *goza de proteção jurídica?*** e ***Até onde vai a proteção jurídica da* vida humana*?***

Qualquer delas é fonte de inúmeras controvérsias e, pois, merecem ser estudadas e deslindadas, mas a primeira está no centro de um debate de âmbito nacional muito atual: a **descriminalização do aborto** nos termos do pedido deduzido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 (ADPF/442), em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF)[1]. A pretensão inicial da ação visa à declaração de "não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal (CP)[2/3], para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas" de gravidez (p.61)[4]. Nessa ação, até o momento da finalização do presente estudo, foi pronunciado apenas o voto da sua então relatora, a Sr.ª Ministra Rosa Weber, pouco antes da sua aposentadoria em setembro de 2023, julgando "procedente, em parte, o pedido, para **declarar a não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal**, em ordem a **excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação realizada nas primeiras doze semanas**" (p. 129; grifos do original)[5]. Após essa manifestação, o processo foi destacado pelo Sr. Ministro Luís Roberto Barroso, que ainda não pronunciou seu voto, e, em agosto de 2024, passou à relatoria do Sr. Ministro Flávio Dino.

---

[1] *Link* para a ADPF/442: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865.

[2] O texto de normas legais de amplo domínio público, como da Constituição Federal, códigos, estatutos legais, leis e decretos federais é citado no próprio corpo do texto ou em nota de rodapé, sem referência à fonte em qualquer caso. Em se tratando de normas infralegais, assim como de tratados, planos de ação e comentários internacionais e de leis revogadas, a referência à fonte consta em nota de rodapé. Nas citações de textos: (a) em língua portuguesa falada no Brasil utiliza-se as atuais regras de ortografia, ainda que os originais adotem regras anteriores; (b) em língua portuguesa falada em Portugal, podem ser feitas alterações para adequar seus termos à língua portuguesa falada no Brasil; (c) em língua espanhola, são trazidas apenas no original; e (d) em língua inglesa, são traduzidas livremente por este autor e o original consta em nota de rodapé.

[3] CP: "**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento** Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. **Aborto provocado por terceiro** [...]. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos."

[4] Nas citações diretas de peças processuais de ações junto ao STF, são utilizadas, de ordinário, aquelas disponíveis no próprio *site* daquele Tribunal, encontradas por meio dos *links* aqui informados, e são referidos os números de página/folhas indicados nas peças, ou, quando ausentes, o número correspondente obtido por meio do *software* de leitura de arquivos em PDF (Adobe Acrobat Reader).

[5] As citações do voto da ex-Ministra baseiam-se na versão "em elaboração" divulgada pelo STF (Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024).

Sobre aborto, também tramita no STF a ADPF/989[6], sob relatoria do Sr. Ministro Edson Fachin, que tangencia o tema. Nessa ação, os postulantes se insurgem contra a fixação do prazo máximo de 22 semanas, para a realização de aborto resultante de estupro, previsto no manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" editado pelo MS (Brasil, 2022b), e, além de outros pedidos, requerem a "declaração de inconstitucionalidade de qualquer ação do Estado [...] que implique em burocracia ou barreiras, tal como exigências não previstas em Lei, para a realização de aborto nas hipóteses previstas pelo Art. 128, I e II, do Código Penal e na ADPF 54" (p.45-46), que versou sobre o aborto de *fetos anencefálicos*. O Sr. Ministro Relator não havia apreciado o pedido liminar nela formulado, nem pronunciado voto, também até o término do presente estudo. A propósito, a Sr.ª Ministra de Estado da Saúde, por meio do Ofício nº 2361/2023/DATDOF/CGAEST/GM/MS, de 28 de agosto de 2023, ao qual juntou a Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS, de 14 de setembro de 2023[7], prestou informações requisitadas pelo Sr. Ministro Relator dessa ADPF. Nessa Nota Técnica Conjunta nº 37/2023, é analisado o referido manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b), para, ao final, informar sobre a sua revogação (item 3) e esclarecer que "foi retirado da plataforma virtual do Ministério da Saúde pelos motivos" ali informados (item 2), o que, s.m.j., fez com que a referência técnica do MS em termos de aborto voltasse a ser a nota técnica ou manual anterior, ou seja, o manual "Atenção humanizada ao abortamento" (Brasil, 2011b)[8].

O debate em torno do aborto se avivou no 1º semestre de 2024, com a emissão, no dia 28 de fevereiro, da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, da Secretaria de Atenção Especializada à Saúde (Saes), vinculada à Secretaria de Atenção Primária à Saúde (Saps) do Ministério da Saúde (MS)[9]. Essa nota trata das

---

[6] *Link* para a ADPF/989: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6437138.

[7] O Ofício nº 2361/2023/DATDOF/CGAEST/GM/MS e a Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS estão disponíveis nos autos da ADPF/989.

[8] Por não se tratar de norma jurídica, propriamente, mas de manual técnico, a supressão de efeitos do mais recente não demandaria a expressa repristinação do mais antigo, embora isso fosse muito desejável, para evitar confusões a respeito das orientações técnicas a serem observadas pelos profissionais de saúde.

[9] A Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, quando do início das pesquisas para o desenvolvimento dos temas, realizadas logo após a notícia da sua suspensão pela Sr.ª Ministra de Estado da Saúde, não se encontrava disponível no *site* do MS. Para acessar esse documento, recorreu-se a pesquisas na Internet, sendo localizada, no dia 29 de fevereiro de 2024, em alguns *sites* privados,

hipóteses de excludente de punibilidade do aborto atualmente admitidas no Brasil, quais sejam, as previstas nos incisos I e II do art. 128 do CP (aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro)[10] e a resultante da ADPF/54 (aborto em caso de anencefalia). Pelos fundamentos que adota, anula a Nota Técnica nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS (0027713213), que previa o prazo máximo de 22 semanas de gestação para a realização do aborto, por entender que "a viabilidade fetal não pode servir de justificativa para imposição de marco temporal para o exercício do direito de aborto permitido, nas condições previstas em lei" (item 3.7), o que implica admitir que o aborto possa ser feito até a última semana de gestação, inclusive. A Nota Técnica também tornou sem efeito o manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b), o qual, salvo fato que não foi possível apurar, havia sido revogado como informado na citada Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS. No dia seguinte à sua divulgação, porém, a Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS teria sido suspensa por ordem da Sr.ª Ministra de Estado da Saúde, pelos motivos que podem ser vistos no noticiário nacional da época[11].

Pouco tempo à frente, houve novo acirramento dessa querela, com a prolação, em maio de 2024, da decisão liminar na ADPF/1141[12], *ad referendum* do Plenário da Corte, a qual suspendeu a vigência da Resolução 2.378, de 21 de março de 2024, do Conselho Federal de Medicina (CFM)[13], assim como determinou a suspensão de procedimentos administrativo-disciplinares promovidos com base nela. A liminar foi deferida pelo Sr. Ministro Alexandre de Moraes que, na qualidade de

---

como o do jornal Gazeta do Povo (Disponível em: https://multimidia.gazetadopovo.com.br/media/docs/1709209133_sei-ms-0038246948-nota-te-cnica-conjunta.pdf. Acesso em 8 nov. 2024). A autenticidade do documento pôde ser conferida por meio da ferramenta "Conferência de Autenticidade de Documentos" do Sistema Eletrônico de Informações (SEI-MS), informando os seus códigos verificador (0038246948) e CRC (4E4F26A7). Porém, pouco menos de um mês depois dessa conferência, em 21 de março de 2024, não foi mais possível ter acesso a esse documento através daquela ferramenta, pois o SEI-MS passou a exigir identificação do "usuário" e respectiva "senha". À frente (não se sabe precisar quando), o SEI-MS voltou a permitir acesso público à verificação da validade do documento e, até a data do término do presente estudo, isso ainda era possível. Contudo, o documento continuava não disponível por pesquisa direta nos *sites* do Poder Executivo.

[10] CP: "Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto necessário** I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro** II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal."

[11] Como, p.ex., no Portal G1 (disponível em: https://g1.globo.com/saude/noticia/2024/02/29/ministerio-da-saude-nota-tecnica-aborto-legal.ghtml. Acesso em: 8 nov. 2024).

[12] *Link* para a ADPF/1.141: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6895912.

[13] Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2024/2378_2024.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

Presidente do STF, rejeitou pedido de distribuição por dependência e avocou o processo para si. A Resolução CFM 2.378/2004 vedava "ao médico a realização do procedimento de assistolia fetal, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto previsto em lei, [...], quando houver probabilidade de sobrevida do feto em idade gestacional acima de 22 semanas", referindo-se expressamente ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro e classificando a assistolia fetal como "ato médico que ocasiona o feticídio" (art. 1º). Ou seja, tanto a resolução do CFM quanto a ADPF/1141 se relacionam diretamente com a polêmica originada com a edição da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS.

Como se não bastasse, a atuação parlamentar atiçou inda mais a celeuma sobre a promoção de assistolia cardíaca no nascituro, com a propositura do Projeto de Lei (PL) 1096/2024, em abril de 2024, junto à Câmara dos Deputados. A essa iniciativa, se seguiram os PLs 1920/2024, 1927/2024 e 1958/2024, apresentados em maio de 2024 na mesma Casa Legislativa. Todos esses PLs visam a restringir o emprego da assistolia cardíaca fetal e foram apensados ao mais antigo, estando em trâmite para apreciação de comissões, de acordo com as normas regimentais da Câmara dos Deputados.

A fonte desse intenso debate provavelmente decorre do fato de **a Constituição Federal de 1988 (CF) não estatuir, de maneira clara e indene de dúvidas, o momento em que, para o Direito brasileiro, começa a vida humana**. De fato, embora a CF estabeleça o princípio da *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III)[14] e, dentre os direitos e garantias fundamentais, assegure o *direito à vida*, exceto quando instaurada pena de morte em caso de guerra (art. 5º, *caput* e inciso XLVII, "a")[15], nela não se encontra dispositivo que, **direta e explicitamente**, indique quando a vida humana se inicia. A ausência de clareza da CF, nesse aspecto, certamente é o que dá azo a interpretações jurídicas divergentes a respeito da proteção jurídica do nascituro e, por óbvio, a polêmicas jurídicas acirradas, como as que se vê hodiernamente.

[14] CF: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III – a dignidade da pessoa humana; [...]."

[15] CF: "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: [...] XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; [...]."

O assunto, portanto, é de extrema atualidade e os **objetivos** aqui buscados são verificar qual o **momento inicial da vida do *nascituro* para efeito de sua proteção no Direito brasileiro**, em face dos princípios emanados da Constituição Federal e das principais normas legais que tratam desse tema, e, consequentemente, **a juridicidade ou não da permissão do aborto**, e tratar das **polêmicas mais recentes que se desenvolvem em torno do aborto**, sob o prisma da Teoria Geral do Direito (TGD), particularmente a partir da noção de sistema jurídico nacional centrado na CF.

Esclarece-se que o presente estudo é realizado exclusivamente sob enfoque jurídico e com base nas normas legais vigentes, em especial as da CF e de leis federais, como o Código Civil (CC), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o CP, guiado pela TGD. Assim, ainda que os assuntos abordados sejam muito caros à Filosofia do Direito, à Sociologia do Direito e a outras disciplinas jurídicas, não são discutidos no plano filosófico, sociológico ou qualquer outro que extrapole os limites da própria TGD. Igualmente não se recorre a dogmas, ensinos ou princípios religiosos ou espiritualistas sobre o início da vida humana para debatê-los ou para justificar as conclusões obtidas, nem, tampouco, a costumes de origem religiosa ou espiritualista do Povo brasileiro, que, na forma da Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, ou Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)[16], em tese poderiam ser aventados como elementos para colmatação de *lacuna legis*, mesmo porque não se detecta a ocorrência de lacunas no Direito brasileiro posto a esse propósito.

Abre-se parêntesis[17], pois não se pode deslembrar que, apesar de o Estado brasileiro ser laico, "todo o poder emana do povo", conforme estabelece o parágrafo único do art. 1º da CF[18], e o Povo brasileiro, em sua imensa maioria, não é laico/ateu, mas religioso/espiritualista[19], porquanto, como aponta notícia sobre os resultados da pesquisa *Global Religion 2023*, realizada pela empresa Ipsos (2023a), "89% dos

[16] LICC: "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".
[17] Esse é o primeiro de alguns parêntesis que se utiliza para trazer comentários *a latere*, ou seja, que não interferem diretamente nas conclusões a que se chega, mas que são de alguma forma pertinentes aos temas enfocados.
[18] CF: "Art. 1º [...]. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."
[19] A propósito da laicidade do Estado brasileiro e do debate sobre materialismo e espiritualismo, v. Apêndice: materialismo e espiritualismo nas Ciências no séc. XXI.

brasileiros acreditam em deus ou em um poder maior" (não p.)[20]. Destarte, os costumes religiosos/espirituais do Povo brasileiro ocasionalmente podem até ser considerados para efeito de colmatação de eventual *lacuna legis* que venha a ser detectada no ordenamento jurídico nacional, desde, é óbvio, que não se configurem em costumes *contra legem* – em especial, que não ofendam as normas constitucionais. Mas, quanto aos temas versados, isso parece não ocorrer, pois, direta ou indiretamente, são objeto de inúmeras normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, muitas delas citadas ou referidas ao longo do texto. ***Fecha-se parêntesis***.

Importa anotar que o presente estudo consiste em um ensaio teórico, tipo de pesquisa que não possui forma ou exigências pré-definidas (Meneghetti, 2011), havendo, portanto, liberdade no seu desenvolvimento. Em termos metodológicos, emprega-se o método dedutivo, usualmente adotado em estudos jurídicos da espécie, mas não *estritamente*, no sentido de partir de premissas maiores para chegar às menores, o que talvez estranhe a leitoras e leitores habituados a trabalhos jurídicos que abordam assuntos de matriz constitucional, mas é coesivo com a concepção de sistema jurídico adotada.

É mister também esclarecer que se parte sempre da norma jurídica posta, ou seja, do ordenamento jurídico brasileiro vigente, não se entrando em considerações, p.ex., *de lege ferenda* em relação aos objetivos antes fixados. Por aí se pode perceber que não se trata de um ensaio em *pura* Ciência do Direito, onde tais questões poderiam ser tratadas sob uma perspectiva zetética, no dizer de Tércio S. Ferraz Júnior (2003), ou seja, para além do Direito positivado e até dele desvinculado. Isso tem uma razão: o fundamento do direito à vida se encontra na CF, *Direito posto* por excelência, onde estão fixadas as normas jurídicas de hierarquia superior em essência que prevalecem e devem prevalecer sobre quaisquer outras, inclusive na interpretação de outras normas constitucionais, mesmo relacionadas a outros direitos e garantias por ela assegurados. Em função disso, descabe, com relação aos assuntos tratados, fazer elucubrações sobre *como deveria ser a lei ou a constituição*, mas é imperioso procurar extrair da CF vigente a interpretação mais consentânea com

[20] Resultados da pesquisa disponíveis em: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-05/Ipsos%20Global%20Advisor%20-%20Religion%202023%20Report%20-%2026%20countries.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

a realização dos direitos e garantias nela previstos, particularmente em relação ao direito à vida, que, à toda evidência, toca diretamente na questão do início da vida do nascituro para o Direito brasileiro.

Finalizando este capítulo, convém noticiar às leitoras e aos leitores sobre possíveis riscos de viés representados pelas seguintes circunstâncias: este autor se insere na maioria da população brasileira religiosa/espiritualista e é homem. Quanto à primeira delas, reafirma que não recorre a aspectos religiosos e/ou espiritualistas para analisar os assuntos a que adentra, nem, tampouco, para fundamentar as conclusões apresentadas, mas suas convicções espiritualistas podem, inconscientemente, afetar os entendimentos e conclusões expostos neste trabalho e, pois, esse há de ser considerado o 1º possível risco de viés.

Essa circunstância se relaciona com a dicotomia entre materialismo e espiritualismo, mencionada logo no início. A esse propósito, o chamado Relatório Delors, elaborado para a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) no final do séc. XX (Delors *et al.*, 1998), constatou a existência de uma "permanente [...] tensão entre o material e o espiritual" e afirmou, em relação a isso, que "o que está em jogo – e a Comissão tem plena consciência das palavras utilizadas – é a sobrevivência da humanidade" (p.9). Mesmo diante da *consciência das palavras utilizadas*, tal assertiva pode parecer um tanto exagerada, mas é bem reveladora dessa dicotomia, que também diz respeito a matérias jurídicas relacionadas à vida humana. Porém, há de ficar claro que, no Direito brasileiro, o conteúdo e a extensão do direito à vida somente podem e devem ser buscados, interpretados e fixados à luz da CF, critério único de coerência e validade de todos os direitos que exsurgem do ordenamento jurídico nacional e essa é a orientação seguida nas análises realizadas. De todo modo, entende-se conveniente acrescentar um apêndice para expressar o ponto de vista deste autor a respeito[21], pois isso talvez enseje um 2º possível risco de viés.

Quanto à segunda das circunstâncias apontadas, é evidente que homens não podem engravidar e pode haver quem diga que este autor *não teria lugar de fala* sobre *aborto*. Frases desse jaez talvez não passem de construções para tentar desqualificar discursos de quem *não fala de dado lugar*, ainda que o *lugar de fala* possa influir no

[21] V. Apêndice: materialismo e espiritualismo nas Ciências no séc. XXI.

raciocínio de quem se expressa. Contudo, se há de convir que, quando se trata de realizar estudos de caráter científico, incluídos ensaios como o presente, maior risco de viés pode existir justamente quando alguém se coloca, explicitamente ou não, em *um dado lugar de fala*, pois é evidente seu *interesse pessoal* no assunto em que labora. De toda sorte, esse pode se configurar em um 3º possível risco de viés.

Esses são os possíveis riscos de viés que se identifica, mas que se busca evitar, focando na análise estritamente jurídica dos temas abordados e mentalmente se policiando para evitar interferências extra ou metajurídicas nas conclusões. Tanto quanto é possível perceber, não se nota influências desses riscos nas conclusões a que se chega, ao menos em nível consciente. Nada obstante, concita-se a quem dedique seu tempo ao presente estudo a tomar em conta eventual influência de tais possíveis riscos de viés – e de outros que possa identificar – e a formar seu próprio juízo a respeito dos entendimentos e conclusões expostos.

CAPÍTULO 2

PROLEGÔMENOS

O presente estudo não dispensa, ainda que sinteticamente, a abordagem de dois assuntos, que consistem em noções preliminares que se entende necessário trazer para melhor compreensão do desenvolvimento dos temas e dos próprios entendimentos e conclusões que serão alinhados:

a) o primeiro, buscado na Biologia, que é o desenvolvimento do nascituro no organismo da mulher;
b) o segundo, da TGD, que é a noção de sistema jurídico ou unidade sistemática do Direito.

Antes, porém, considera-se conveniente reunir, nestes prolegômenos, alguns conceitos e definições de termos e expressões que serão bastante empregados, com vistas a explicitar o sentido em que serão utilizados e, tanto quanto possível, evitar confusões.

2.1 DEFINIÇÕES DE ALGUNS TERMOS E EXPRESSÕES

Dos termos que se entende conveniente definir, há que se começar por ***mulher*** e ***homem***, *feminino* e *masculino*, *mãe* e *pai*, *materno* e *paterno*. Para tanto, **adotar-se-á o critério do sexo genético de ordem geral** baseado nas notórias combinações dos cromossomos sexuais X e Y, tendo em conta que a Ciência hodierna ainda não consegue modificar as características genéticas sexuais de um ser humano já concebido, ao menos que se saiba. Considera-se, pois (a) *mulher*, o ser humano portador do par de cromossomos sexuais XX, correspondendo a *feminino*; (b) *homem*, o ser humano portador do par cromossomos sexuais XY, correspondendo a *masculino*[22]; e (c) *mãe*, correspondendo a *materno*, ou (d) *pai*, correspondendo a

[22] Tenha-se claro que a definição de *mulher* e *homem* aqui adotada se presta apenas para os fins do presente estudo, pois não se descura que pode haver diferentes combinações de cromossomos sexuais X e Y e, em decorrência desse e de outros fatores, os seres humanos podem apresentar características orgânicas de ambos os sexos, ou que não se conformam exatamente a nenhum deles,

paterno, respectivamente, à *mulher* e ao *homem* que tenham gerado um outro ser humano, esteja ele por nascer, ou tenha nascido, vivo ou morto.

Essas definições independem de o ser humano possuir as características sexuais inerentes ao seu sexo genético – inclusive seus órgãos sexuais internos ou externos –, de sua identidade sexual e de sua opção sexual. No caso de seres humanos *intersexuais* – que apresentam características orgânicas de ambos os sexos ou que não se encaixam em nenhum deles, em função de alterações cromossômicas ou outros fatores – e *transexuais* – que optaram por cirurgias de redesignação de sexo –, serão tidos como *mães* ou *pais*, quando capazes de se reproduzirem e conforme seu papel (*feminino* ou *masculino*) na geração de outro ser humano. Feita essa observação quanto à capacidade reprodutiva, *mulheres trans* e *homens trans* serão designados como tais, quando for o caso[23/24].

Por ***nascituro***, entende-se, exclusivamente, **o ser humano em desenvolvimento *no organismo da mulher***, normalmente no seu útero – embora também possa se desenvolver fora dele, o que caracteriza gravidez ectópica e implica alto risco para a vida da mulher[25] – qualquer que seja a fase em que se encontre a

---

o que, antes, era designado por hermafroditismo e, hoje, intersexualidade. Estimativas da OMS apontam a ocorrência de intersexualidade entre 0,05% e 1,7% da população mundial (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Intersexo&oldid=68786462. Acesso em: 8 nov. 2024).

[23] Atualmente, mulheres e homens cujo sexo psicológico ou identidade de gênero não corresponde ao genético podem se submeter a procedimentos médicos, incluídas as cirurgias de redesignação de sexo ou transexualização, para alterar a conformação de suas características sexuais externas e/ou internas à sua identidade de gênero, embora em alguns casos possam manter os seus aparelhos reprodutivos funcionais, por certo tempo ou não. As cirurgias de redesignação de sexo ou de transexualização estão disponíveis assim para mulheres como para homens, inclusive por meio do SUS, como se vê da Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, do MS (Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html). Hoje isso é francamente aceito no Direito brasileiro e restou confirmado em sede jurisprudencial, como se deduz do acórdão proferido pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 670422/RS, de 2018 (publicado em 2020), relatado pelo Sr. Ministro Dias Toffoli, que abordou o tema sob o aspecto da alteração do registro civil, em caráter de repercussão geral (Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420306/false). Importa anotar, contudo, que ainda que a mulher e o homem sejam livres para introduzir amplas modificações no próprio corpo – como, no caso, visando à transexualização –, no Brasil há limites legais que hão de ser observados, como, p.ex., para a doação de partes do corpo vivo para transplantes (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, art. 9º § 3º) e, em geral, são vedadas as modificações que possam implicar riscos à preservação da vida do ser humano. (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[24] Atente-se, de plano, que não há óbice jurídico ao casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o que é regulado pela Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ (Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754. Acesso em: 8 nov. 2024), compreendidas mulheres e homens trans, nem à união estável entre elas(es).

[25] A gravidez ectópica decorre da implantação do pré-embrião fora do útero, como na própria tuba uterina, ou, ainda, na cavidade abdominal. O alto risco para a vida da mulher pode dar ensejo ao aborto necessário a que se refere o inciso I do art. 128 do CP.

partir da formação do zigoto (pré-embrião, embrião ou feto)[26]. Não se leva em conta o fato de o nascituro ter sido concebido naturalmente – por efeito de relação sexual completa ou incompleta – ou por processos de fertilização *in vitro*, e, posteriormente, na fase embrionária adequada, implantado no organismo da mulher.

Não se entrará em detalhes sobre a **fertilização *in vitro*** quanto, p.ex., a discernir se é possível manter um embrião ou feto em laboratório de modo a facultar sua implantação no útero da mulher. Talvez hoje isso não seja possível e a implantação deva ser realizada ainda enquanto pré-embrião[27], mas o avanço da tecnologia de reprodução assistida poderá, talvez, permitir a implantação em outras fases, como também a transferência de embriões e fetos do útero de uma para outra mulher[28]. De todo modo, os trabalhos jurídicos sobre reprodução assistida normalmente se referem apenas a ***embrião***, de modo que, quando relacionado a tal tema, essa palavra será utilizada sem distinção de fases de desenvolvimento embrionário a partir da formação do zigoto, ou seja, compreendendo indistintamente o pré-embrião, propriamente o embrião e o feto – aliás, sempre *humanos*, mesmo que esse adjetivo não lhes seja associado. A definição de *nascituro* aqui adotada **não abrange os embriões conservados em laboratório e não implantados no organismo da mulher** e, pelas razões que serão expostas, também não se discutirá sua condição jurídica[29].

O nascituro pode nascer com ou sem vida e acresce distinguir entre ***nascido vivo*** e ***natimorto***, para o que se parte das definições contidas na publicação "Atenção à saúde do recém-nascido: guia para os profissionais de saúde" do MS (2014a), que se baseiam naquelas adotadas pela OMS. O **nascimento com vida** é caracterizado quando ocorre:

> A expulsão completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez, de um produto de concepção que, depois da separação[30], respira ou apresenta quaisquer outros sinais de vida, tais como batimentos do

[26] Sobre a embriologia humana, v. tópico 2.2.
[27] Que é a fase em que naturalmente ocorre a nidação ou implantação do nascituro no útero da mulher (tópico 2.2), salvo no caso de gravidez ectópica.
[28] V. nota de rodapé nº 179.
[29] Tópico 3.1.
[30] Rigorosamente falando, a expulsão completa do corpo da mãe ou separação do nascituro do corpo da mulher não são elementos absolutamente necessários para configurar um nascimento com vida, visto que a morte do nascituro pode ocorrer durante o próprio parto, ou seja, antes dessa expulsão completa/separação. Dessa feita, se o nascituro tiver respirado, ou apresentado "quaisquer outros sinais de vida" durante sua expulsão do corpo da mulher e antes da sua completa separação, terá havido nascimento com vida seguido de morte, o que, de ordinário, deve ser averiguado mediante perícia médica (v. tópico 3.3).

> coração, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária, estando ou não cortado o cordão umbilical e estando ou não desprendida a placenta. (2014a, p. 13)

Quando da superveniência de **natimorto**, se verifica:

> O óbito fetal, morte fetal ou perda fetal [que], segundo a OMS, é a morte de um produto da concepção antes da expulsão ou da extração completa do corpo da mãe, independentemente da duração da gravidez; indica o óbito o fato do feto, depois da separação, não respirar nem apresentar nenhum sinal de vida, como batimentos do coração, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária. (2014a, p. 19)

Não menos importante é definir **aborto**, pois, a despeito de ser um vocábulo de significado claro à maioria das pessoas, comporta algumas nuances. Para isso, parte-se dos termos do "Guia de Referências" da 11ª edição da *International Classification of Diseases for Mortality and Morbidity Statistics* (ICD-11, ou, no Brasil, CID-11), editada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) (2022), adotada inclusive para fins estatísticos, qual seja:

> Interrupção artificial da gravidez é a expulsão ou extração completa de uma mulher de um embrião ou feto (independentemente da duração da gravidez), após uma interrupção deliberada de gravidez em curso por meios medicamentosos ou cirúrgicos, que não se destina a resultar em um nascimento vivo.
> A interrupção artificial de uma gravidez em curso é regulamentada por lei e pode ser referida como aborto legal, aborto induzido, redução fetal ou outras terminologias. Desde que corresponda à definição de interrupção artificial da gravidez, deverá ser considerada separadamente do aborto espontâneo, ou do natimorto e claramente distinguível nas estatísticas.
> Embora sinais transitórios de vida possam ser evidentes após alguns casos de interrupção artificial da gravidez em semanas gestacionais posteriores, estes nunca devem ser classificados como aborto espontâneo ou nascidos vivos. (OMS, 2022, não p.; livre trad.; sem sublinhas no original)[31].

Como esclarece Antonette T. Dulay (2022), os profissionais da medicina distinguem, ainda, entre: (a) ***aborto espontâneo***, decorrente da morte do nascituro

[31] Original: "*Artificial termination of pregnancy is a complete expulsion or extraction from a woman of an embryo or a fetus (irrespective of the duration of the pregnancy), following a deliberate interruption of an ongoing pregnancy by medical or surgical means, which is not intended to result in a live birth. Artificial termination of an ongoing pregnancy is regulated by law and may be referred to as either legal abortion, induced abortion, fetal reduction or other terminologies. As long as it meets the definition of artificial termination of pregnancy it should be considered separately from spontaneous abortion or stillbirth and clearly distinguishable in the statistics. Whilst transient signs of life may be evident after some cases of artificial termination of pregnancy at later gestational weeks, these should never be coded as spontaneous abortion or live births*".

“às vezes com passagem dos produtos da concepção (feto e placenta), antes de 20 semanas de gestação”; (b) ***morte fetal***, ou ***natimorto***, quando essa passagem ocorre a partir da 20ª semana de gestação; e (c) ***parto pré-termo***, para designar o “parto de feto vivo entre 20 e 36 semanas/6 dias” (não p.). Édson L. Baldan (2020) ajunta o ***aborto acidental*** “provocado por ato não intencional que, em geral, desencadeia energia vulnerante exógena suficiente a produzir trauma hábil a interromper o processo gestacional, com a morte do nascituro” (p.13). Tais situações **não configuram aborto, para efeitos penais**, pois não há deliberação em promover a morte do nascituro com, ou para a interrupção da gravidez.

Baldan (2020) esclarece, outrossim, que, para a Medicina Legal, “**não importa o período gestacional** em que venha a ocorrer a interrupção da prenhez, podendo verificar-se desde o momento da fecundação até o termo, no nono mês, inexistindo, assim, os conceitos de parto imaturo e prematuro” (p.4), **para efeito da tipificação do crime de aborto**. Isso porque, “na definição sintética de Maranhão, ‘entende-se por aborto a interrupção da gravidez por morte fetal, em qualquer fase do ciclo gravídico’” (Baldan, 2020, p. 4; sem sublinhas no original). Ou seja, ainda que essa definição se refira a morte *fetal*, **aborto é o procedimento que visa à morte do nascituro em qualquer estágio do seu desenvolvimento** (pré-embrionário, embrionário ou fetal) objetivando a um **nascimento sem vida**, no que coincide com a definição de aborto da CID-11, acima trazida.

Em algumas publicações, vê-se o emprego da expressão ***interrupção artificial da gravidez*** como sinônimo de aborto, mas isso pode gerar equívocos, pois essa expressão também se reporta à ***indução do parto, indução do trabalho de parto*** ou ***antecipação do parto*** para um **nascimento com vida**. Como se vê em Julie S. Moldenhauer (2021), a indução do parto consiste na “estimulação das contrações uterinas antes do trabalho de parto espontâneo para realizar o parto vaginal” (não p.) – ou *parto normal*, em oposição à cesárea ou cesariana –, por meio do uso de fármacos. Trata-se de procedimento por vezes recomendado em gravidezes de alto risco, situações que igualmente podem indicar a realização de cesárea, como se vê do “Manual de Gestação de Alto Risco”, emanada do MS (Brasil, 2022d). Contudo, Raul Artal-Mittelmark (2024) esclarece que nem sempre a indução do parto decorre de problemas de saúde da mulher, pois, p.ex., pode ser recomendado “quando a mulher tem antecedentes de partos rápidos” (não p.) e o procedimento é adotado para

lhe garantir assistência hospitalar de acordo com suas necessidades, além de, obviamente, as necessidades do nascituro.

De outro lado, frente a conceitos dessa espécie, pode se ter a impressão de que a noção de *indução/antecipação do parto* implicaria *sempre* nascimentos com vida. Mas também não é assim, pois se viu que é utilizada a expressão *aborto induzido* como sinônimo de *aborto legal* (OMS, 2022), e já se adianta que os fármacos utilizados na indução do parto são normalmente os mesmos empregados no aborto medicamentoso, consoante se pode ler no "*Clinical Practice Handbook for Quality Abortion Care*" da OMS (2023b)[32]. O mesmo se dá em relação à ***cesárea, parto cesáreo*** ou ***parto cirúrgico***, que, como é sabido, consiste em recurso por vezes imprescindível, quer à preservação da vida e saúde da mulher, quer do nascituro – o que dispensa maior aprofundamento. Porém, nem sempre a cesárea é realizada apenas depois do início de trabalho de parto natural, e pode ser antecipada ou programada por diversos motivos – inclusive por mera conveniência de mães/pais, médicos, maternidades, hospitais *etc*.[33] – e igualmente pode ser necessária em casos de aborto, embora mais raramente (Brasil, 2011b; OMS, 2023b).

Portanto, entende-se que *indução/antecipação do parto* e *cesárea/parto cirúrgico* consistem em **métodos ou técnicas**, ou, ainda, **modalidades ou espécies** de **interrupção artificial da gravidez** e podem ter o **objetivo de obter**, quer um **nascimento *com vida***, quer um **nascimento *sem vida***. Quando **não tiverem a finalidade de obter um nascimento com vida** – com ou sem o emprego de técnicas para induzir a morte prévia do nascituro –, **designarão *aborto***, ou seja, a "interrupção deliberada de uma gravidez em curso por meios medicamentosos ou cirúrgicos, que não se destina a resultar em um nascimento vivo" (OMS, 2022, não p.). Quando tiverem finalidade oposta, àquelas expressões serão ajuntados os termos ***com vida***, ***nascimento com vida*** ou similares, se preciso for para distingui-las de situações em que sejam empregadas para produzir aborto.

Para encerrar estas definições, há de se acrescentar que aborto também é designado por ***abortamento***, pois, conforme pontuam Simônides Bacelar e outros (2018), "em bons dicionários, [...] são sinônimos", mas, na terminologia médica,

[32] Tópico 4.1.4.
[33] Anota-se, apenas para registro, que há alta incidência de cesáreas *por conveniência* no Brasil, o que, inclusive, consiste em um grave problema de saúde pública (Disponível em: https://www.fsp.usp.br/site/noticias/mostra/45072. Acesso em: 8 nov. 2024).

"*aborto* é o produto do *abortamento*" (p.32) e, no mesmo sentido, se pronuncia Baldan (2020). O termo *abortamento* é mais utilizado para designar a expulsão do nascituro sem vida do organismo da mulher em publicações destinadas a profissionais da área da saúde, como no citado manual "Atenção humanizada ao abortamento" do MS (Brasil, 2011b). Esse manual, que atualmente congregaria as orientações do MS a respeito de aborto atualmente aplicável no Brasil[34], especifica um pouco mais a distinção entre abortamento e aborto, acrescentando alguns quesitos referentes à idade gestacional (IG) e peso, que de imediato convém trazer à colação: "Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana e com produto da concepção pesando menos que 500g. Aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento" (Brasil, 2011b, p. 29; sem sublinhas no original). Apesar dessa distinção entre os vocábulos, esclarece-se que ***aborto* e *abortamento*** serão tomados como **sinônimos**, salvo se for preciso distingui-los.

2.2 O NASCITURO NO ORGANISMO DA MULHER

O Direito não define os fatos naturais. Quando muito, pode positivar alguns fatos e, até, empregar conceitos científicos em normas jurídicas, mas sob o risco de serem ultrapassados por novos conceitos propostos pelos avanços posteriores do próprio ramo das ciências que os adotou. Por mais se possa criticar Hans Kelsen (1985), impende separar o *mundo dos fatos* (do *ser*), do *mundo dos direitos* (do *dever-ser*), pois **o Direito não tem o poder de *criar realidades fáticas*** – ainda que a isso o legislador e, também, o intérprete/aplicador da norma jurídica ou profissional do Direito possam ser *tentados* – **mas apenas *realidades jurídicas***.

Assim é com relação ao começo da vida humana: **o Direito não tem o poder de definir o momento inicial da vida do ser humano**, pois **esse momento *é***; quando muito, **pode adotar um marco temporal** para estabelecer que **dadas consequências jurídicas *devem ser* ou *não devem ser* a partir dele**. Destarte, passa-se rapidamente à Biologia, mais precisamente à embriologia humana – por respeitar aos objetivos antes fixados –, limitando-se, porém, o enfoque e o uso da

[34] V. nota de rodapé nº 8.

terminologia própria dessa área do conhecimento ao que se entende necessário para deslindar a questão do início da vida humana para o Direito brasileiro.

O ponto de partida da vida humana é, na verdade, **o ponto de partida de todo ser humano** que vive, viveu ou viverá: **o momento da união do espermatozoide com o óvulo humanos**[35], ou seja, da ***concepção***, ***fecundação*** ou ***fertilização*** do gameta feminino pelo gameta masculino, ocorrida naturalmente, por meio de cópula ou relação sexual completa ou incompleta, ou por fertilização em laboratório ou *in vitro*. Como se vê em Evelise M. Nazari e Yara M. R. Müller (2011), Tatiana Montanari (2013) e Diane E. Papalia e Gabriela Martorell (2022), a união dos gametas feminino e masculino dá origem ao **zigoto**, elemento biológico unicelular que reúne as características genéticas da mãe e do pai, porém, com um código genético distinto do de seus antecessores[36]. O zigoto humano tem o *potencial* de, sob o comando desse código genético, se dividir, formando novas células e, particularmente quando se evolve no organismo da mulher, gerar tecidos, estruturas, órgãos, sistemas *etc*., transformando-se totalmente até formar o corpo completo de um ser humano, posto que, no início da vida como recém-nascido (RN), seja totalmente dependente de outro ser humano para sobreviver e que alguns de seus órgãos e estruturas demandem certo tempo para seu integral desenvolvimento.

A embriologia humana descreve o processo de desenvolvimento do ser humano em diversas fases, antes da concepção ou fecundação até o parto ou nascimento e depois dele[37]. Interessa, aqui, o que se processa entre esses dois marcos: concepção e nascimento. A Figura 1, à frente, mostra os primeiros 60 dias de desenvolvimento do ser humano, a partir da fecundação, dividido em 23 estágios. Nazari e Müller (2011) esclarecem que, “com base nas semelhanças e diferenças

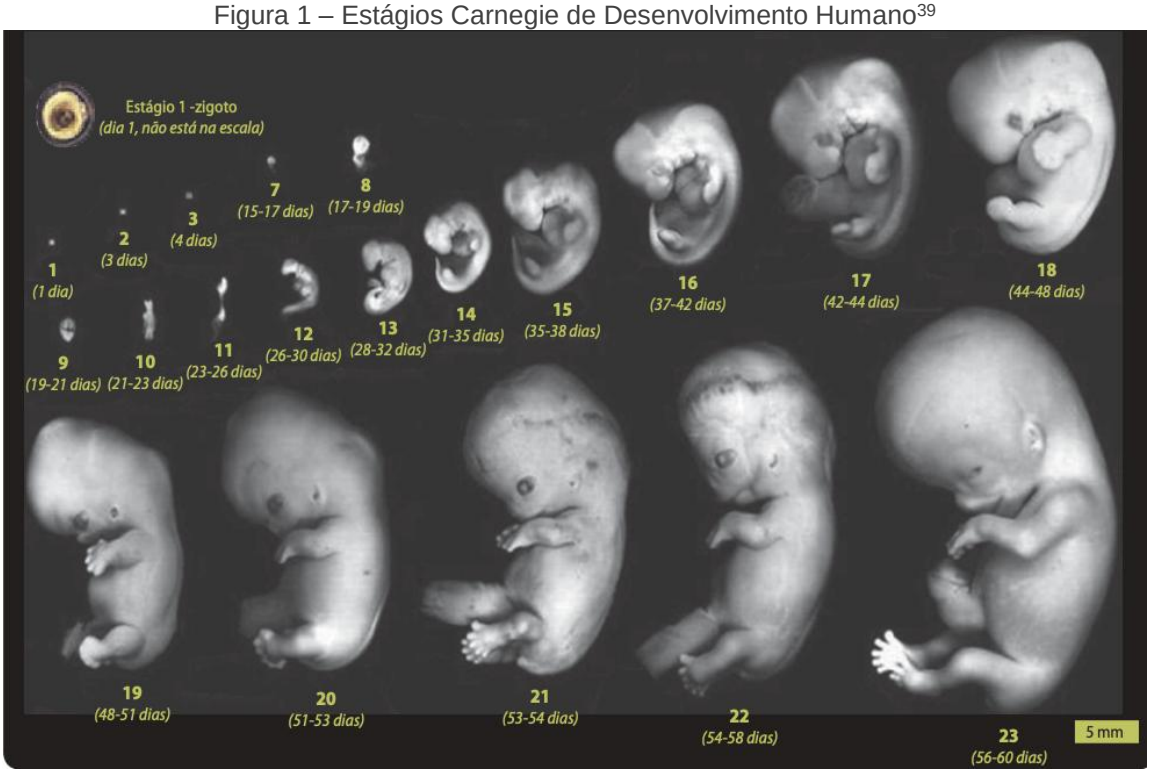
[35] Isto é, ao menos enquanto a formação do corpo humano depender da união do espermatozoide ao óvulo, pois desde o advento da ovelha Dolly, no final do séc. XX, a clonagem de um ser humano – que demandaria o material genético de uma única célula humana, masculina ou feminina – é uma possibilidade real e, conquanto tal procedimento suscite inúmeros questionamentos éticos/bioéticos, a clonagem de células e materiais genéticos humanos vem sendo admitida para fins terapêuticos (p.ex., para a produção de tecidos biológicos humanos), mas, em geral, rechaçada para fins reprodutivos (Costa, 2020; Segre, 2004). No Brasil, a clonagem humana é vedada e punida como crime pela Lei 11.105, de 24 de março de 2005, ou Lei de Biossegurança (art. 6º, IV, e art. 26).

[36] Diferente, pois, do que se dá com a clonagem, que em princípio implica a manutenção do mesmo código genético do organismo doador da célula clonada.

[37] Além disso, a embriologia humana se ocupa de outras questões relacionadas à reprodução humana, como a formação de óvulos (oogênese) e espermatozoides (espermatogênese) (Montanari, 2013; Nazari; Müller, 2011). De outro lado, a outras ciências também interessa o desenvolvimento humano, como psicologia, pedagogia, sociologia, antropologia, neurociências *etc*.

entre as características morfológicas durante o desenvolvimento, foram definidos os 3 períodos do desenvolvimento humano, denominados pré-embrionário, embrionário e fetal" (p.57)[38], correspondendo o primeiro ao período que vai até cerca da metade da 3ª semana de gestação, o segundo, ao período entre o final da 3ª e a 8ª semanas, e o último, a partir da 9ª semana, donde as denominações *pré-embrião*, *embrião* e *feto*, que se aplicam para designar o ser humano, conforme as fases do seu desenvolvimento no organismo da mulher.

Figura 1 – Estágios Carnegie de Desenvolvimento Humano[39]



Fonte: Nazari e Müller (2011, p. 57).

Essas autoras também utilizam o termo *concepto*, para designar o ser humano em qualquer das fases intrauterinas e, na Figura 1, acima, vê-se que, em torno do 60º dia após a concepção, o feto humano ainda mede cerca de 5mm, mas já guarda semelhança com um ser humano RN, ou seja, um bebê. As características humanas,

[38] Essa classificação não é unânime e se vê diferenças de número de fases e de terminologia, como em: Montanari (2013), que adota a divisão em apenas dois períodos, embrionário e fetal; em trabalhos jurídicos relacionados à fertilização *in vitro* que, em geral, se referem apenas a embriões; e em Papalia e Martorell (2022), que denominam o período pré-embrionário de germinal.

[39] "O *sistema Carnegie de estagiamento de embriões*, baseado no comprimento e nas características externas, é usado internacionalmente para estimar a idade de embriões recuperados após o aborto espontâneo" (Montanari, 2013, p. 94).

porém, começam a aparecer antes disso, no período embrionário, pelo processo de morfogênese, como se percebe na mesma figura.

Sabe-se que “o dia da ovulação praticamente corresponde ao mesmo dia da fecundação”, a qual deve ocorrer em até 12h após aquela (Nazari; Müller, 2011, p. 55) e, é claro, os espermatozoides já devem ter chegado à tuba uterina, um processo que leva alguns dias após a relação sexual. Porém, considerando que a data da ovulação “pode não ser conhecida pela gestante”, Montanari (2013) explica que “os obstetras utilizam o primeiro dia do último período menstrual (UPM) para estimar o tempo de gravidez: é *a idade gestacional*” (IG) (p.94). O início do período ou ciclo menstrual é contado a partir do 1º dia da menstruação e, em geral, dura 28 dias, sendo que a ovulação normalmente ocorre por volta da metade do ciclo, ou 14º dia, de modo que pode haver uma diferença de até 2 semanas, entre a data de início da contagem da idade gestacional e a data efetiva da formação do zigoto. Deve-se notar, porém, que a duração do ciclo menstrual “pode variar de 23 a 35 dias” e, se num ciclo de 28 dias, “a ovulação ocorre em torno do 14º dia”, ocorrerá por volta “do nono dia em um ciclo de 23 dias e do 21º dia em um ciclo de 35 dias” (Montanari, 2013, p. 27). O que importa frisar, nesse comenos, é que **há incerteza quanto à efetiva data da concepção**, salvo, é óbvio, no caso de fertilização *in vitro* e considerados os meios científicos hoje disponíveis.

Conquanto haja uma duração estimada da gravidez humana, o **parto** também não é um evento que imprime mais certeza quanto à data da concepção. Tem-se que “a duração média de uma gestação humana é de 38 semanas”, mas a OMS define *gestação a termo* aquela “com duração entre 37 e 42 semanas” (Nazari; Müller, 2011, p. 55), e *pré*, ou *pós-termo*, quando o parto ocorre, respectivamente, antes de 37, ou após 42 semanas de gestação. De mais a mais, essas durações consideram o início do ciclo menstrual, de modo que a idade gestacional estimada pelos obstetras e médicos, como dito, é cerca de duas semanas a mais que a real (p.ex.: para uma gestação de 38 semanas *reais*, a idade gestacional é tida como de 40 semanas). Tudo isso implica **incertezas quanto à data efetiva da concepção natural**, sendo que **só a data do parto, em si, é passível de ser aferida com maior certeza e de ser comprovada**.

Indo um pouco adiante, mas não muito, ocorrida a concepção, há um evento subsequente de suma importância para o desenvolvimento do ser humano: a

implantação do pré-embrião no útero materno ou simplesmente **nidação**. A concepção, de ordinário, ocorre na tuba uterina e, de lá, o pré-embrião, em pleno processo de subdivisão de células, normalmente migra em direção ao útero e se fixa na parede uterina[40], tendo início, sob a ação dos hormônios femininos – que também impedem a menstruação –, a formação do cordão umbilical, da placenta e das vesículas ou sacos amniótico e vitelino, que envolverão o embrião e, depois, o feto até o momento do parto (Montanari, 2013; Nazari; Müller, 2011). A implantação no útero ocorre em torno da virada da 1ª para a 2ª semana de gestação e, ao final da 3ª semana, se dá o término do período pré-embrionário. A importância da implantação consiste em que, até o presente momento, não é possível o desenvolvimento do ser humano fora do organismo materno[41] e se, por qualquer razão, não ocorrer a implantação, o pré-embrião será eliminado com a menstruação seguinte, configurando aborto espontâneo (Papalia; Martorell, 2022). Porém, **também há incerteza quanto à data exata da implantação do pré-embrião no útero**, ressalvados os casos de reprodução assistida.

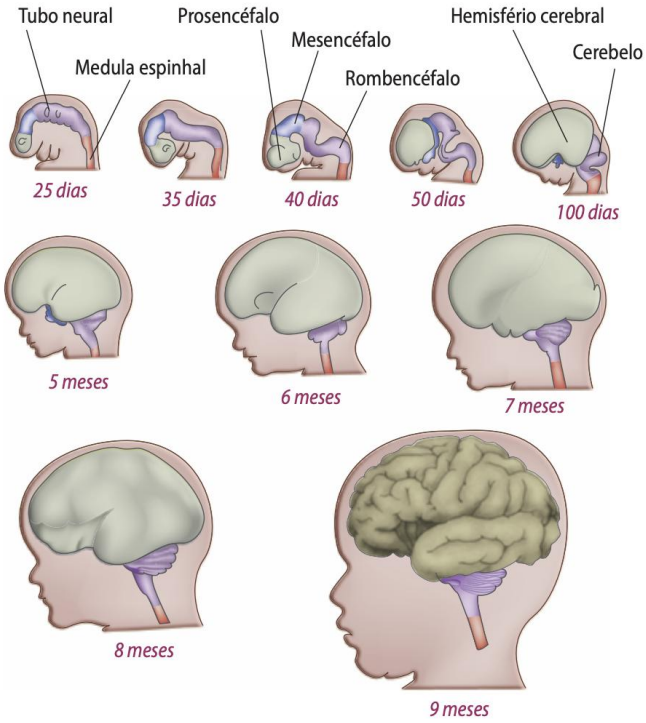
Há, ainda, um outro momento importante, no desenvolvimento intrauterino do ser humano, que deve ser mencionado: é o da **formação do sistema nervoso central (SNC)** e **do sistema nervoso periférico (SNP)**. Esse processo tem início por volta do final da 3ª semana de gestação, com a formação do tubo neural e, na 4ª semana, tem início a do encéfalo, na extremidade cefálica do tubo neural, sendo que a extremidade caudal dará origem ao SNP; para mais, o coração do embrião começa a bater nessa IG (Montanari, 2013; Nazari; Müller, 2011). O processo de formação do SNC/SNP continua durante toda a gestação, passando por diversas fases ou estágios, como se vê na Figura 2, a seguir.

Percebe-se que **igualmente não é possível ter uma data exata para o início efetivo da formação do sistema nervoso** e, antes disso, **seria preciso definir em qual estágio de sua formação o SNC passa a ser considerado como tal**. Ademais, também **seria necessário definir o papel do SNP nesse processo**, visto que funciona em conjunto com o SNC, transmitindo e recebendo estímulos e informações sensoriais, necessários para o perfeito processamento neuronal das inúmeras funções imprescindíveis à manutenção do organismo humano *em funcionamento*,

[40] Ressalvados os casos de gravidez ectópica (v. nota de rodapé nº 25).
[41] Se fosse, estariam talvez resolvidos os problemas jurídicos que o aborto suscita, pois não haveria razão para abortar, bastando transferir o feto/embrião para um dispositivo extrauterino em que a gestação pudesse continuar.

muitas delas presentes desde a fase embrionária, como os batimentos cardíacos e a consequente circulação sanguínea.

Figura 2 – Desenvolvimento do SNC no nascituro



Fonte: Nazari; Müller, 2011, p.135.

Para finalizar este tópico e iniciar a análise jurídica, propriamente dita, anota-se que, com exceção do parto, todos os demais eventos referidos **iniciam nas fases pré-embrionária e embrionária do desenvolvimento humano**[42]. Considerando que pode haver pessoas pouco acostumadas com as contagens utilizadas para referir a IG do nascituro, parece conveniente trazer a Figura 3, abaixo, que, resumidamente,

[42] À guisa de curiosidade, traz-se dois fatos apurados em pesquisas científicas recentes sobre a reprodução humana: (a) o organismo feminino e o próprio óvulo são muito mais ativos no processo da concepção do que se pensava há alguns anos, pois, embora a cauda dos espermatozoides permita sua locomoção, são os processos mecânicos (contrações), sob controle do aparelho reprodutor feminino, que os impulsionam mais rapidamente em sentido ascendente, e através desses e de processos de natureza química, selecionam as poucas centenas de espermatozoides mais aptos à concepção que chegarão à tuba uterina no período propício para a fecundação, das centenas de milhões liberadas em uma ejaculação durante a relação sexual; além disso, o próprio óvulo secreta moléculas químicas (quimioatraentes) que atuam "para atrair ou repelir, bem como para modificar para onde vai cada espermatozoide" (Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia/noticia/2022/10/19/como-acontece-a-fecundacao-a-nova-visao-da-ciencia-sobre-a-corrida-dos-espermatozoides-ao-ovulo.ghtml); e (b) constatou-se que, no momento exato da concepção, o óvulo fecundado (zigoto) emite *faíscas de zinco* (pequenos clarões), o que poderá se constituir, futuramente, em um marcador biológico sobre a qualidade do zigoto, em processos de fertilização *in vitro* (Disponível em: https://www.nature.com/articles/srep22772). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

apresenta as fases do seu desenvolvimento e sua correlação com a IG em trimestres, meses e semanas, pois poderá ser útil, em vista das referências que se farão ao longo do presente estudo.

Figura 3 – Fases de desenvolvimento do nascituro e sua correlação com a IG

Fases de desenvolvimento do nascituro		Idade gestacional (IG)					
		Trimestres	Meses	Semanas			
Pré-embrião	Até metade da 3ª semana	1º trimestre	1º mês	1	2	3	4
Embrião	Da metade da 3ª até a 8ª semana		2º mês	5	6	7	8
Feto	A partir da 9ª semana		3º mês	9	10	11	12
		2º trimestre	4º mês	13	14	15	16
			5º mês	17	18	19	20
			6º mês	21	22	23	24
		3º trimestre	7º mês	25	26	27	28
			8º mês	29	30	31	32
			9º mês	33	34	35	36

Fonte: elaborada pelo autor, com base em Nazari e Müller (2011).

2.3 SISTEMA JURÍDICO E NORMAS JURÍDICAS SUPERIORES EM ESSÊNCIA

As questões relativas à constitucionalidade e à recepção de normas pela constituição se põem em relação a um dado conjunto de normas (ordenamento jurídico) organizado em um regime constitucional, ou seja, fundado em uma constituição. Além disso, essas questões se colocam quando a constituição se encontra no topo de todo o conjunto normativo, como no Brasil, de modo que a validade de todas as demais normas – editadas por quem quer que seja – e de todas as decisões judiciais – proferidas por quaisquer juízes ou tribunais – é inferida a partir do seu cotejo com a norma constitucional, sendo inconstitucionais as que a contrariem[43].

À primeira vista, a verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica – normalmente infraconstitucional[44] – ou de certa decisão judicial, assim como da sua recepção, ou não, por uma constituição posterior, se daria

[43] Pode haver ordenamentos jurídicos em que, apesar da existência de uma constituição, o seu fundamento final se apresenta em outra *norma* que goza de supremacia em relação a todas as outras (como as normas contidas em *livros sagrados* ou emanadas da *palavra de profetas*, nos Estados teologais ou religiosos), de modo que a coerência e a validade normativa são verificadas em função de outras regras.

[44] Como se verá adiante, a CF brasileira admite, até mesmo, a arguição de inconstitucionalidade de norma constitucional proveniente de emenda constitucional.

por uma operação aparentemente *simples*: a *mera* confrontação da norma jurídica inferior ou da decisão judicial[45] com a norma constitucional. Porém, essa operação nada tem de simples e, especialmente, **não se resume apenas a um *confronto direto* da norma jurídica/decisão judicial com a constituição vigente**, pois, ao se perquirir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou da recepção, ou não de normas jurídicas e decisões judiciais **se está a trabalhar com a ideia de sistema jurídico**, ou seja, com a noção de **unidade sistemática** de um determinado conjunto de normas.

O tema é abordado por Tércio S. Ferraz Júnior (1976), no seu já clássico livro "Conceito de sistema no Direito", interessando, em particular, sua síntese histórica, onde se vê que o vocábulo *sistema* tem origem grega (*σύστημα*) "e significa o *composto*, o *construído*", e, na Grécia antiga, "aludia, de modo geral, à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes" (p.9). *Sistema* adquiriu, posteriormente, "o sentido específico de *ordem*, de *organização*", derivado da noção grega de *cosmos*, e alcançou, com os estoicos, "a ideia de 'totalidade bem ordenada'" (p.9), mas "a latinidade clássica, ciceroniana, não conheceu, neste sentido, o uso da palavra *sistema*" (p.10).

Indo adiante, Ferraz Júnior (1976) faz um grande apanhado da evolução desse conceito, afirmando que foi a partir do jusnaturalismo dos Séc. XVII e XVIII, que a noção de sistema jurídico começou a adquirir sua configuração hodierna. Das lições do jurista, destaca-se que o sistema jurídico tomou em conta a noção de *organismo* e assumiu, inicialmente, a feição de um conjunto *fechado* ou *sistema fechado*, ou seja, que não admite, quer a inclusão, quer a exclusão de normas que compõem o *repertório* do sistema, salvo se pelos mecanismos que o próprio sistema prevê para sua edição ou revogação – o que respeita à sua *estrutura* –, e se privilegiava o método

[45] No exame da recepção pela constituição posterior de *decisões judiciais*, essa expressão se refere, propriamente, à *jurisprudência* (sumulada, consolidada, reiterada *etc*.) que dita a prolação de outras decisões judiciais, pois aquelas proferidas sob a égide da constituição anterior, quando singularmente consideradas, de ordinário adquirem *status* de *coisa julgada* e são por esta regidas, ainda que contrárias àquela. Em tese, porém, uma nova ordem constitucional pode admitir e até determinar a revisão de decisões judiciais singulares proferidas sobre determinado assunto, o que se configura como algo legítimo, quando fruto de aspirações genuínas do povo *do qual emana todo o poder*, ou, ao contrário, ilídimo se, p.ex., burla tais aspirações, ou se faz em razão de decisão de grupo que, tomando o poder ilegitimamente (mediante o uso da força, por subterfúgios fraudulentos *etc*.), implanta regime autoritário e impõe a revisão de decisões judiciais sobre determinados assuntos que contrariem os cânones da ideologia por ele defendida, prejudiquem seus líderes, dificultem a consecução de suas propostas *etc*.

lógico-dedutivo para a interpretação das normas. Posteriormente, em especial devido às críticas à visão mecanicista que então imperava, passou-se a defender a concepção de Direito como um conjunto *aberto*, que admitiria a incorporação de elementos extrajurídicos – como os decorrentes de questões sociais não tratadas pela norma jurídica –, dando origem à noção de *sistema aberto*, o que motivou o surgimento de diversas correntes de pensamento jurídico, culminando na ideia de assistematicidade do Direito.

O surgimento da norma escrita deu lugar à positivação do Direito, donde a fonte primordial do Direito passou a se fundar no conjunto das normas escritas ou ordenamento jurídico posto pela autoridade competente, e não mais na tradição e no costume, agora relegados à função de colmatação de lacunas da norma jurídica (*lacuna legis*), ao lado de outras técnicas, como analogia e equidade (Ferraz Júnior, 1976), ademais de servirem como inspiração ao legislador, é claro. Isso acabou por fazer retomar a ideia de Direito como sistema jurídico fechado, ou, quando menos, parcialmente fechado, pois que, além das interpretações conformes à norma jurídica (*secundum legem*), admitem-se as que a ultrapassam (*præter legem*)[46], mas são rechaçadas as que a contrariam, direta ou indiretamente (*contra legem*).

Há que se ver, contudo, que "o sistema jurídico não se confunde com o sistema normativo ou as normas" (Ferraz Júnior, 1987, não p.), ou, em outras palavras, o Direito ***não é***, em si mesmo, um sistema, "mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela Ciência do Direito" (Diniz, 1981, p. 23), quer em teoria pura, por um teórico do Direito, quer em sentido prático, por um intérprete da norma, quando da sua aplicação. Contudo, se ao teórico do Direito é permitido dar asas à imaginação e construir um sistema jurídico com os mais diversos tipos de estrutura – e até assistemático – e limitar, ou ampliar seu repertório ao infinito (ou quase), **o profissional do Direito, quando visa à aplicação da norma jurídica, tem de se ater ao repertório** – ou seja, o conjunto das normas do ordenamento jurídico, somadas às oriundas da jurisprudência consolidada, em qualquer caso válidas e coerentes – **e à estrutura do sistema jurídico em que se insere a norma que interpreta** – que dita sua validade e coerência[47].

[46] O que tem especial aplicação quando do enfrentamento de, p.ex., questões sociais não tratadas pela norma posta.

[47] Assim, p.ex.: em um Estado laico, como o brasileiro, não pode o intérprete pretender a prevalência de uma norma religiosa em face da norma estatal, apesar de que, na lacuna desta, o costume religioso

Para usar a nomenclatura posta na "Introdução ao estudo do Direito", de Ferraz Júnior (2003), sua obra de caráter mais geral a respeito do tema[48], se o teórico do Direito pode dar um enfoque zetético às suas perquirições, o intérprete/aplicador da norma jurídica há de se conduzir por uma abordagem dogmática. Isso porque, especialmente em relação ao labor de *interpretar* e, em particular, *aplicar* a norma, "a ciência jurídica não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele" (p.40) e, pois, **modela os comportamentos humanos**.

> [...] Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de *princípio da proibição da negação*, isto é, princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda, *princípio da inegabilidade dos pontos de partida* ([...]). Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme à lei, para além da lei, mas nunca *contra* a lei. (Ferraz Júnior, 2003, p. 48; sem sublinhas no original)

A formalização ou positivação do Direito, portanto, liga "o pensamento jurídico ao chamado *pensamento sistemático*", donde "a concepção do direito como um sistema de normas postas" e a "ideia do sistema como um método, como um instrumento metódico do pensamento dogmático no direito" (Ferraz Júnior, 2003, p. 66, 73, 80). Diante disso, impõem-se as premissas em que se funda a abordagem dogmática das normas jurídicas – aquelas **deduzidas do próprio ordenamento jurídico** em que inseridas –, a partir de uma visão de sistema jurídico que empreste, no mínimo, coerência ao todo.

> Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente. (Ferraz Júnior, 2003, p. 82; sem sublinhas no original)

secundum legem ou *præter legem* (portanto, não a norma religiosa em si) possa ser considerado na interpretação da lei (capítulo 1).

[48] Em comparação com as duas outras obras citadas, em que Ferraz Júnior (1976, 1987) propala a noção de sistema pluridimensional, trazida por Emil Lask.

Também José R. Vieira (2000), a partir de inúmeras referências e após "encarar o sistema como um conjunto de elementos (repertório) que se relacionam (estrutura), compondo um todo coerente e unitário (ordenação e unidade)", destaca que a "ordenação ou coerência" é um "dado tido por fundamental pela maioria daqueles que já se debruçaram sobre a questão sistemática" (p.55). Perguntando-se o que é coerência, Vieira (2000) busca os conceitos lexicais e filosóficos do vocábulo, deduzindo que "*o estudo dos conceitos de coerência ou de consistência está confinado ao âmbito da Lógica*" e "se o problema é lógico, a sua perspectiva de solução está no olhar com acuidade para a lógica própria dos sistemas que fazem o nosso interesse. Nada mais lógico!" (p.60).

Vieira (2000), contudo, distingue entre o Direito Positivo e a Ciência do Direito: aquele consiste no conjunto de normas postas, que "lança mão de uma *linguagem prescritiva* de condutas desejadas", enquanto esta toma aquele como objeto "para descrevê-lo, ordená-lo, hierarquizá-lo, explicando-o" e se configura "como *metalinguagem de cunho cogniscitivo e descritivo-explicativo*" (p.60). Assim, cada qual lança mão de lógicas específicas: o primeiro, a "*Lógica Deôntica* (lógica do dever-ser, lógica das normas), cujos *valores são a validade e a não-validade*)"; a segunda, a "*Lógica Alética ou Apofântica* (lógica clássica, lógica das ciências), cujos *valores são a verdade e a falsidade*" (p.60-61). Para ele, "*o sistema da Ciência do Direito exige a coerência*, em virtude da lógica que lhe é própria", visto que as "*proposições jurídico-científicas têm pretensão de verdade*" (p.61). Já "*o sistema do Direito Positivo prescinde da coerência* (consistência), por força da lógica que lhe é peculiar", pois se assenta em "*pretensão de validade*, cuja dependência não é de eventuais contradições ou contrariedades, que são aqui admissíveis, mas dos critérios de pertinência que as acolham ou rejeitem no conjunto" (p.61). Nada obstante, Vieira (2000) destaca que "*mesmo não lhe sendo intrinsecamente necessária a coerência, o Direito Positivo para ela deve inclinar-se, elegendo-a como ideal*" (p.61; sem sublinhas no original), ao que se pode acrescentar que **é justamente tarefa do intérprete/aplicador do Direito Positivo, expungir as incoerências nele verificadas**: as normas *formalmente* válidas, mas *essencialmente* inválidas (antinômicas, contraditórias *etc*.).

Isso se observa mais claramente na abordagem da coerência no sistema jurídico que faz Juliano Heinen (2018), o qual entende que "uma das maiores endemias passíveis de serem acometidas ao sistema jurídico (entendido, aqui, como

uma totalidade ordenada) consiste na falta de coerência" (p.169; sem sublinhas no original). Para ele, o ordenamento jurídico "não se resume a um manancial de regras somadas, mas sim, tal conjunto merece ser percebido em uma certa 'unidade'" (p.153, nota de rodapé), sendo que "a *consistência* e a *sistematicidade* do direito pretendem evitar que existam contradições no limiar do ordenamento jurídico", porquanto a *coerência* é "uma 'exigência lógica' e 'normativa' do direito" (p.153). Heinen (2018) pontua, ainda, que "o ordenamento jurídico deve ser visualizado como um todo, em completude, buscando-se uma consonância para com as regras e também para os princípios" que o *conformam*, considerando que "as normas devem 'fazer sentido' entre si" e "ser racionalmente relacionadas entre si, ou para um conjunto harmônico de 'normas superiores'", tendo em conta que as "de hierarquia maior possuem como vocação a realização de alguns *valores comuns*" (p.159; sem sublinhas no original).

> A *concretização do direito* não ocorre sem disputas e sem oposições. E isto se percebe claramente nas decisões judiciais, quando o juiz deve bater os "novos problemas" que são postos perante si. E deve resolver estas questões de modo coerente. Vamos a um exemplo: a incidência de um inciso contido em um parágrafo de um artigo – lógica da subsunção – não permite concluir, necessariamente, que se está a aplicar todo o artigo ou todo um código. Mas esta incidência, aplicada sob o domínio da interpretação do texto, deve ser *coerente com o restante do sistema* jurídico. (Heinen, 2018, p. 161; sem sublinhas no original)

Indo adiante, aquele autor apresenta o *teste de razoabilidade*, oriundo do sistema jurídico estadunidense, como um instrumento eficaz para aferir a coerência de dada decisão judicial, embora também possa ser aplicado a decisões em outras esferas, à análise de PLs *etc*. O teste de razoabilidade prevê a avaliação: (a) do *valor alegado como conscrito*; (b) do *fim escolhido que o Estado quer promover*; e (c) dos *pesos dos valores postos em jogo*, como se vê da seguinte passagem:

> [41] No caso Lawton v. Steele (1894), o Justice Brown conferiu as linhas mestras do "teste de razoabilidade", utilizado até hoje em todo o mundo: (a) o interesse no caso deve ser geral; a Suprema Corte carece de interferência quando a intervenção é meramente particular; (b) verificação da necessidade da constrição do direito para o alcance do fim pretendido. A suprema corte estadunidense definiu como seria feito o teste de razoabilidade, ou seja, como se processaria a trajetória para se aplicar o instituto. Para a aplicação da razoabilidade, certos questionamentos devem ser respondidos, o que seriam seus elementos centrais. O esquema apresentado a seguir influenciou o mundo inteiro, sendo de extrema valia hermenêutica a qualquer jurista ou legislador: (a) Avaliação do valor alegado como constrito: (a1) o bem ou a liberdade são tutelados pelo *due process of law*? (a2) esta restrição provém de um agente estatal? (a3) qual o grau de restrição? (b) Avaliação do fim

> escolhido que o Estado quer promover: (b1) o fim é constitucionalmente aceito ou possível? (b2) o fim corresponde aos reais motivos da restrição? (c) Avaliação dos pesos dos valores postos em jogo: (c1) há nexo de causa entre o meio escolhido e o fim pretendido? (c2) não existe meio menos intrusivo? (c3) o fim tem um peso suficiente para justificar a restrição? A razoabilidade, assim, ficou claramente definida no limiar do *common law*. [...]. (Heinen, 2018, p. 162; nota de rodapé; sem sublinhas no original)

Mais à frente, vê-se que o emprego de precedentes jurisprudenciais, para Heinen (2018), tende a dar coerência às decisões judiciais. Porém, "não se mostra legítimo universalizar o que não é coerente" (p.168; sem sublinhas no original), donde aquele autor, após anotar que "quando se cita inúmeros julgados, está-se tomando por base um argumento de autoridade", adverte que isso "pode ser uma falácia", na medida em que tal expediente vise apenas a "conseguir evidências que, muitas vezes, não têm base qualquer na lógica consistente" (p.163; nota de rodapé; sem sublinhas no original). Em razão disso, Heinen (2018) entende que à vista do precedente jurisprudencial, o intérprete/aplicador da norma jurídica tem o "dever de dialogar com ele" e "poderá desconsiderá-lo, superá-lo, mas nunca o *ignorar*" (p.165).

Cabe atentar, com Vieira (2000), para a "*característica de unidade dos sistemas*", que, em sistemas jurídicos como o brasileiro, "é conferida ao Direito, no plano da positividade, pela *Constituição*, fundamento de todas as regras que se distribuem pelos degraus inferiores da hierarquia normativa" (p.62)[49], destacando-se que os **princípios jurídicos** exercem **papel fundamental na unidade sistemática**.

> Num sistema jurídico, o *repertório é composto por normas*, que, encetando relações entre si, *agrupam-se em derredor de outras normas*, pelas quais foram atraídas, seduzidas e presas, [...]. Essas normas que compõem de modo especial a estrutura do sistema, exibindo excepcional vigor aglutinante, são os *princípios*.
> [...] tomemos a oportunidade para encarecer o elevado valor dos princípios de um sistema jurídico, pondo friso na inafastável exigência de *atingir-se a trama normativa toda, e especialmente a constitucional, pela via sistemática*. Valemo-nos aqui do testemunho confiável de JOSÉ AFONSO DA SILVA:
>
> > "... os elementos da constituição não têm valor isoladamente, pois, como se inserem num sistema, condicionam-se reciprocamente, de sorte que não se podem interpretar uns sem ter presente a significação dos demais. Influenciam-se mutuamente e cada instituição constitucional concorre para integrar o sentido das outras, formando uma rede interpenetrante que confere coerência e

[49] Vieira (2000) anota que, "no plano epistemológico, [o fundamento] será a *norma hipotética fundamental*, esta sim outorgando a unidade definitiva ao sistema" (p.62). Contudo, não se visa a aprofundar a questão nesse plano, que diz respeito mais propriamente à Ciência do Direito, bastando, para os objetivos buscados, fixar o fundamento da unidade sistemática do Direito brasileiro na CF.

> unidade ao sistema, pela conexão recíproca de significados". (Vieira, 2000, p. 63; sem sublinhas no original.)

Do quanto exposto e a despeito de haver vozes discordantes, impõe-se a visão sistemática do Direito brasileiro, inclusive no tocante à Ciência do Direito, embora essa possa ultrapassar a norma positivada. Assim, **o Direito brasileiro há de ser visto como um *sistema jurídico***, ou seja, como um ***conjunto ordenado de normas jurídicas dotado de unidade***, decorrente da prevalência da norma constitucional sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico nacional, ***e de coerência***, ainda que possam existir **normas postas** – vigentes no ordenamento jurídico – **incoerentes**, configurando contradições e antinomias, sendo que umas e outras **hão de ser extirpadas pelo intérprete/aplicador da norma**, em vista dos *princípios aglutinadores* sedimentados nas normas constitucionais.

No que respeita à unidade do sistema jurídico brasileiro, vale enfatizar que a própria CF, ao lado dos mecanismos de controle de constitucionalidade que adota[50], **impede, até mesmo, a *deliberação* sobre proposta de EC que se destine a abolir** as normas sobre as matérias que enumera[51] – as denominadas **cláusulas pétreas** – que somente por uma nova constituição podem ser alteradas. De mais a mais, o **princípio da legalidade**, uma das premissas do enfoque dogmático do Direito e mecanismo da estrutura do sistema jurídico brasileiro, está expressamente inserido dentre os direitos e garantias individuais assegurados pela CF[52] e, pois, **é também uma cláusula pétrea**, sendo evidente que só se perfectibiliza se as normas jurídicas, incluídas as ECs, e as decisões judiciais forem conformes à Carta Magna.

Denota-se, ainda, que a existência de uma *rede interpenetrante de normas* pressupõe que a coerência sistêmica que emana da unidade sistemática do Direito não se há de verificar apenas no sentido da norma de hierarquia superior para a de hierarquia inferior, em sentido vertical *de cima para baixo* – ou da *CF para as normas infraconstitucionais* e, dentre estas, da de maior hierarquia para a de menor –, pois também deve estar presente *lateralmente*, entre normas de mesma hierarquia, que hão

---

[50] Não se adentrará em questões relativas aos mecanismos de controle de constitucionalidade brasileiros.

[51] Constituição Federal: "Art. 60. [...]. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais".

[52] CF: "Art. 5º [...]: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]".

de ser *consistente* e *racionalmente relacionadas entre si*. Hipoteticamente, duas normas vigentes ao mesmo tempo em dado ordenamento jurídico podem ser tidas, ambas, como coerentes com dada norma de hierarquia superior, mas revelarem-se incoerentes entre si; se tal ocorrer, ao menos uma das duas será antinômica e sua suposta coerência com a norma de hierarquia superior decorrerá de interpretação falaciosa.

Parece tudo muito claro, mas vai-se um pouco além, pois a coerência, de igual forma, há de se manifestar no sentido vertical *de baixo para cima* – da norma de hierarquia inferior, para a superior e até a CF. Isso porque algumas normas de hierarquia superior, notadamente da CF, trazem enunciados amplos ou genéricos e mais ou menos vagos (apresentam-se de alguma forma lacunosas), cujo conteúdo deve ser extraído a partir de interpretação sistêmica das demais normas de mesma hierarquia, aliada às normas de hierarquia inferior que as *regulamentam* ou *explicitam* o teor e o alcance da norma superior. Porém, a norma inferior que se busque para intepretação da de superior hierarquia haverá de ser coerente com todo o sistema jurídico a que pertence, verticalmente *de cima para baixo* e *lateralmente*, de modo que o *conteúdo* que empreste à norma superior também o seja; caso contrário, a interpretação será incoerente, ou a norma inferior se revelará antinômica em alguma medida.

Tenha-se presente, ademais, que entre normas de um mesmo diploma legal, pode haver algumas que possuem uma posição hierárquica superior em relação às demais; são hierarquicamente iguais *quanto à forma*, mas *superiores quanto à essência*. Essa consideração se aplica, especialmente, às **normas da CF**: todas possuem a mesma hierarquia formal – todas são normas constitucionais –, mas entre elas há as que, ***essencialmente consideradas*, possuem hierarquia superior**. Essas são as referidas **cláusulas pétreas**, dentre as quais as que compreendem os "direitos e garantias individuais" (CF, art. 60, § 4º, IV) e que não podem ser alteradas nem por EC. Dessa feita, as **normas da CF que conferem direitos e garantias individuais são normas constitucionais hierarquicamente superiores *em essência*** a quaisquer outras, inclusive **a outras normas da própria CF**.

Por consequência, eventuais conflitos interpretativos que envolvam normas constitucionais de *diversa hierarquia em essência* não se resolvem buscando uma coerência *lateral*, baseada no fato de terem *igual hierarquia formal*, nem tem cabida (ou dificilmente teria) propugnar por uma coerência *de baixo para cima*. Em qualquer

caso, a solução de conflitos entre normas constitucionais importa em perquirir qual interpretação garante coerência *de cima para baixo*, pois se há de aplicar aquela em que **prevaleça a norma de *maior hierarquia em essência*** em qualquer caso, especialmente se for uma cláusula pétrea.

Todavia, impende considerar que, quando se trata de *direitos e garantias individuais*, esses **não se resumem aos arrolados no art. 5º da CF**, na medida em que seu § 2º prescreve que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Desse modo, igualmente **são cláusulas pétreas, as normas da CF** encontradas em **outros de seus dispositivos que outorguem**, direta e explicitamente, ou indiretamente por força do regime e princípios que adote, **direitos e garantias individuais**, e, inclusive, que advenham da incorporação, ao Direito brasileiro, de normas de **tratados internacionais** ratificados pelo Brasil, conceito que inclui convenções e pactos internacionais[53].

Dentre os tratados internacionais que podem prescrever direitos e garantias individuais, alguns deles se referem especificamente a direitos humanos, os quais podem ser incorporados ao Direito brasileiro como EC, em face da inclusão do § 3º ao art. 5º da CF pela EC nº 45, de 30 de dezembro de 2004[54]. Porém, diante da dicção do § 2º do art. 5º da CF, isso **não seria absolutamente necessário** para que suas disposições fossem consideradas cláusulas pétreas, para efeito do art. 60, § 4º, IV, também da CF. A incorporação de tratados sobre direitos humanos como EC, sem dúvida, confere maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, pois limita a ação do Legislativo (por lei ordinária) e também do Executivo (por medida provisória), que poderiam *entender por bem* a *exclusão* ou *limitação* de alguns deles do ordenamento jurídico brasileiro, por qualquer razão que fosse, exigindo atuação do STF para sua manutenção. Contudo, observa-se que o § 2º do art. 5º da CF se refere a *direitos e garantias individuais* outros *decorrentes dos tratados internacionais* em que o Brasil seja parte, **não especificando a *qualidade* em que tais tratados devem**

[53] Não se distinguirá entre tratados, convenções, pactos, acordos ou outras formas de atos internacionais que possam ser internalizados, no Brasil, como lei ordinária ou EC, e esses termos serão tomados como sinônimos. O processo de internalização de tratados internacionais será abordado à frente (tópico 4.2.11).

[54] CF: "Art. 5º [...]. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

ser incorporados ao Direito brasileiro, nem adicionando outros predicados, como versarem sobre *direitos humanos*. Destarte, **ainda que internalizados como lei ordinária** (como a maioria dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil até agora), **as normas de tratados internacionais que confiram direitos e garantias individuais devem ser tidas na categoria de cláusulas pétreas**.

Rigorosamente falando, normas de tratados ratificados pelo Brasil que conferem direitos e garantia individuais *se destacam* do corpo normativo em que inseridas, *pairam* sobre ele e sobre todo o repertório do sistema jurídico brasileiro com a qualidade de *normas materialmente constitucionais* e com a natureza de *cláusulas pétreas*, de modo que não poderiam mais ser suprimidas do ordenamento jurídico nacional, nem mesmo por EC, ainda que o integrando formalmente como lei ordinária. Esse entendimento é, ao menos parcialmente, acompanhado pela doutrina brasileira, mas há divergências a propósito do tema, como se vê, p.ex., dos artigos de Juliane A. de M. Hey Melo e Ariadne da S. Bonato (2017) e de Evelyn L. M. B. Mendes e Paula I. S. Pontes (2017).

Nada obstante, como é enunciado nesses e em outros artigos e trabalhos jurídicos, o STF adotou a tese de que os **tratados internacionais sobre direitos humanos** – que podem ser tidos como uma *espécie* pertencente a um *gênero* mais amplo, qual seja, dos tratados que contemplam *direitos e garantias individuais* –, quando não recepcionados como EC, gozam de *status* de **supralegalidade**. A tese foi fixada no paradigmático julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343-1/SP, em 2008 (publicado em 2009)[55], a partir do voto proferido Sr. Ministro Gilmar Mendes, do qual se extrai que:

> Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.
> Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (fls. 1154; sem sublinhas no original)

[55] Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444. Acesso em: 8 nov. 2024.

Por força da tese da norma supralegal desenvolvida nesse paradigma jurisprudencial[56], a internalização de tratados internacionais sobre direitos humanos tem "o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante" (Voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes no RE nº 466.343-1/SP, fls. 1160; sem sublinhas no original). Isso, em verdade, já seria observável a partir da prevalência da norma jurídica ordinária posterior sobre a anterior[57], mas a tese acatada pelo STF vai além, pois "a legislação infraconstitucional posterior que com eles [os tratados] seja conflitante também tem sua eficácia paralisada" (fls. 1161; sem sublinhas no original) e **aí reside a natureza *supralegal* dos tratados internacionais sobre direitos humanos**.

Bem se ver que a tese da recepção das normas de tratados que versam sobre direitos e garantias individuais como norma materialmente constitucional, nos termos do inciso IV do § 4º do art. 60 c/c § 2º do art. 5º, ambos da CF – ou, seja, cláusula pétrea – foi debatida naquele paradigma. O debate, s.m.j., se deu, em especial, a partir do voto do Sr. Ministro Celso de Mello, que, embora se referindo apenas a "**convenções internacionais de direitos humanos** celebradas **antes** do advento da EC nº 45/2024", entendeu que "quanto a elas, **incide o § 2º** do art. 5º da Constituição, **que lhes confere** natureza **materialmente** constitucional, **promovendo** sua integração **e fazendo** com que se subsumam **à noção mesma** de *bloco de constitucionalidade*" (fls. 1263-1264; grifos, sublinhas e itálicos do original). Indo um pouco além, o Sr. Ministro Celso de Mello afirmou:

> E, mais. Gostaria de invocar – penso que não se lhe dá a devida importância no pensamento jurídico – [o] princípio da evolução normal das sociedades que, desde o "*Sistema de Ciência Positiva do Direito",* **PONTES DE MIRANDA** definia como *lei da diminuição do **quantum** despótico,* segundo a qual também os ordenamentos jurídicos tendem a ir reduzindo, no curso da História, a esfera do poder despótico estatal em favor da dilatação do âmbito

[56] Ou *leading case*, como é denominado na *Common Law* e no próprio acórdão referido. A propósito, embora a flagrante influência de institutos forâneos no Direito Constitucional – em especial os extraídos da *Common Law*, como *in casu* – pode ser inadequado o uso de termos e expressões estrangeiras, na medida em que possam atrair conceitos incompatíveis com o sistema romano-germânico ou da *Civil Law*, a que o Direito brasileiro se filia. É uma tendência que, sem desdita, se manifesta inclusive em outros ramos, como no Direito Societário, mas se há de ter muita cautela na sua adoção, quando da interpretação/aplicação de normas jurídicas brasileiras, ainda que possível recorrer à analogia a normas oriundas do Direito Comparado, pois a comparabilidade encontra limites nos princípios emanados da CF e nos institutos jurídicos próprios do sistema jurídico brasileiro, que podem destoar completamente dos presentes em sistemas não alinhados à *Civil Law*. Por isso, evita-se termos/expressões do gênero.

[57] LICC: "Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

> dos direitos individuais e das liberdades. E essa lei, induzida do fato histórico de que a violência tende a diminuir através da civilização, não admite retrocesso, no sentido de que tudo aquilo que é incorporado pela Constituição à ordem jurídica em termos de redução do **quantum** despótico não pode, salvo por ato revolucionário, ser restabelecido, ressuscitado, como retorno a estado anterior à redução da margem de poderes do Estado. (fls. 1277-1278 do paradigma; sem sublinhas no original)

Esse entendimento, todavia, não prevaleceu e o STF optou, como dito, pela tese da supralegalidade e inclusive o próprio Sr. Ministro Celso de Mello lhe foi favorável, ao final. A opção do STF parece ter relação com o fato de a EC nº 45, de 2004, ter inserido o § 3º ao art. 5º da CF, que passou a admitir a recepção de tais tratados como emenda à Carta Magna, donde, "se se entender que, de fato, o tratado deve ser elevado à hierarquia de norma constitucional, haverá uma decisão nesse sentido por parte do próprio Congresso Nacional", conforme se pronunciou o Sr. Ministro Gilmar Mendes (fls. 1267 do acórdão paradigmático). A propósito, o Sr. Ministro Carlos Britto invocou o art. 60 da CF, anotando que seus incisos "não falam do tratado como norma exatamente igual à Constituição, com a mesma hierarquia", e "foi preciso" uma EC "para dizer que os tratados internacionais sobre direitos humanos que viessem a ter um processo legislativo exatamente igual ao de emenda [...], aí, sim, esses tratados valeriam como emenda à Constituição" (fls. 1279). Porém, com a EC nº 45, de 2004, os **tratados de direitos humanos ratificados anteriormente pelo Brasil** – como o próprio Pacto de São José da Costa Rica, que era debatido na ação e sobre o qual se falará à frente[58] – ficaram como que **relegados a um *limbo jurídico***: foram recepcionados como lei ordinária, mas, dado o *valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana*, suas normas se sobrepõem ao comum das leis ordinárias. Diante disso – e, talvez, até para *dar um efeito prático* à escolha do legislador nacional quando da edição da EC nº 45, de 2004 –, o STF cunhou a tese da supralegalidade.

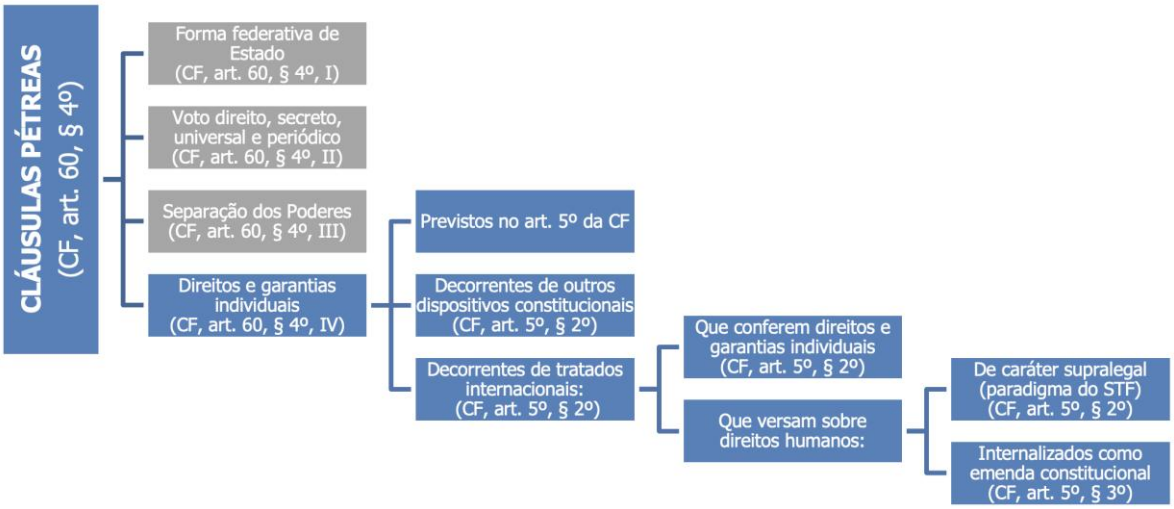
De fato, a superveniência do § 3º do art. 5º da CF demandava manifestação do STF quanto aos tratados de direitos humanos internalizados anteriormente como lei ordinária, porém, ao fazê-lo, introduziu uma **novel categoria normativa no plano da hierarquia das leis**: a das normas supralegais. Na verdade, **essa categoria não faz** – ou não fazia – **parte das regras da estrutura do sistema jurídico nacional** e, diante do disposto no § 2º do art. 5º da CF, c/c o inciso IV do § 4º do art. 60, **não**

[58] Tópico 3.5, e outros.

precisaria existir. Nota-se que, em certa medida e ainda que por respeito ao princípio da independência e harmonia dos poderes da República (CF, art. 2º), o STF abdicou do seu poder de interpretar a CF no sentido daquela que seria sua melhor interpretação: a de que normas que confiram direitos e garantias individuais decorrentes de tratados internacionais de qualquer espécie ratificados pelo Brasil e conformes à CF, **a ela se integram como cláusulas pétreas**.

É evidente que se trata de um entender mais abrangente que a tese da supralegalidade acatada pelo STF e se pode dizer que tem a vantagem de não ficar a depender de polêmicas sobre a atribuição da natureza de *tratado de direitos humanos* àqueles que não são assim titulados, nem sobre o *enquadramento jurídico* de tratados anteriores à EC nº 45, de 2004, em uma *categoria normativa* introduzida por decisão judicial no plano da hierarquia das normas do ordenamento jurídico nacional, que, *data venia*, se os tirou de um *limbo jurídico*, os colocou em outro. Vale, pois, traduzir esse entendimento por meio do diagrama da Figura 4, a seguir, onde aparecem as matérias da CF alçadas por ela própria à *categoria de cláusulas pétreas* (CF, art. 60, § 4º), desdobradas no que se refere a normas que versam sobre direitos e garantias individuais, sem hierarquia entre elas:

Figura 4 – Cláusulas pétreas referentes a direitos e garantias individuais



Fonte: elaborado pelo autor.

Como é cediço, a maior parte das normas de tratados sobre direitos humanos confere direitos e garantias individuais e, frente à CF, art. 5º, § 2º, c/c art. 60, § 4º, IV, **é irrelevante a forma pela qual tenham sido internalizadas** no ordenamento jurídico nacional – como EC, ou como lei ordinária – para que se configurem como

cláusulas pétreas. Desse modo, a ***supralegalidade*** que deveria ter sido atribuída pelo STF, quando menos a normas de tratados de direitos humanos recebidos como lei ordinária, deveria ter sido a que ***equipara materialmente*** **tais normas** – que conferem direitos e garantias individuais, repita-se – ***às cláusulas pétreas***, como se deduz do citado trecho do voto do Sr. Ministro Celso de Mello, e não outra qualquer que as colocasse hierarquicamente abaixo delas.

Atente-se que o diagrama da Figura 4 não consiste, como afirmado, numa representação hierárquica de normas, pois todas as normas jurídicas a que se refere, das primeiras às últimas, têm natureza jurídica de cláusulas pétreas – não apenas e tão-somente de norma supralegal, como quis o STF[59] – e gozam de **hierarquia superior em essência**, inclusive sobre outras normas constitucionais, mesmo que contidas em tratados internacionais recepcionados como lei ordinária. Impende, outrossim, fazer um adendo a propósito da hierarquia das normas: **entre cláusulas pétreas**, pode haver as que gozam de **superior hierarquia em essência em relação a outras cláusulas pétreas**. De fato as há e, a propósito, **diretamente extraídas da CF e relacionadas especificamente ao direito à vida do nascituro**, como ficará demonstrado à frente[60].

Nada obstante, ao menos sobre um ponto parecem não pairar (muitas) dúvidas: a internalização de tratados internacionais de quaisquer espécies – abarcados os tratados sobre direitos humanos –, seja como lei ordinária, seja como EC, "não pode afrontar a supremacia da Constituição", no dizer do Sr. Ministro Gilmar Mendes no trecho transcrito, com o que se concorda totalmente. Desse modo, **não se pode dar *incorporação automática* de tratados internacionais ao Direito brasileiro**, simplesmente porque versam sobre *direitos humanos* ou contemplam dispositivos que conferem *direitos e garantias individuais*, pois, ainda que assim seja e que venha a ser adotado o rito da CF para sua recepção como EC, **podem conter normas que limitem e até suprimam direitos e garantias individuais previstos na CF**, ou incorporados ao Direito brasileiro por tratados anteriores. Portanto, também

[59] Apesar disso, não há como negar que a decisão do STF nesse paradigma é muito relevante – "histórica", nas palavras do Sr. Ministro Gilmar Mentes (fls. 1314) –, pois, ainda que possa suscitar dúvidas e levantar polêmicas, é um avanço na proteção dos direitos e garantias individuais e na redução do *quantum* despótico do Estado, em linha com a lei extraída das lições do eminente Pontes de Miranda, citada pelo Sr. Ministro Celso de Mello. Oxalá! o entendimento do STF evolua sempre mais, no sentido de reconhecer os direitos e garantias individuais resultantes de tratados ratificados pelo Brasil como cláusulas pétreas, quer tenham sido recepcionados como EC, quer como lei ordinária.
[60] Tópico 3.7.

em relação a tratados internacionais de direitos humanos internalizáveis como EC, ou tratados que atribuam direitos e garantias individuais teoricamente passíveis de recepção como norma supralegal ou cláusula pétrea, presentes ou futuros, **se impõe a supremacia das normas jurídicas que emanam da própria CF**, de modo que **não podem ser admitidas normas neles contidas que se oponham a direitos e garantias individuais (cláusulas pétreas)**, quer previstos no art. 5º ou em outros dispositivos da CF, quer os incluídos por tratados anteriores válidos (constitucionais) e coerentes com o sistema jurídico brasileiro. Ou seja, as normas jurídicas oriundas de (novos) tratados internacionais que contemplem direitos e garantias individuais – tachados como de direitos humanos ou não – **sempre devem passar pelos crivos de validade** perante a CF **e de coerência** perante o sistema jurídico brasileiro, para que possam ser **legitimamente admitidas** como parte integrante do seu repertório **com *status* de cláusula pétrea, ou**, como atualmente admitido pelo STF, **de norma jurídica supralegal**.

Vale aduzir que, ainda que seja identificada, no Brasil, a existência de **subsistemas jurídicos** relacionados a temas específicos, com repertório de normas jurídicas próprias, todos eles e todas as suas normas **se subsomem às regras de coerência e unidade sistemáticas** e demais regras da estrutura do sistema jurídico brasileiro emanadas da CF. Possivelmente há casos em que, considerados isoladamente, os subsistemas aparentam *coerência interna*, mas se, confrontados com a CF, houver detecção de incoerências em relação ao sistema jurídico brasileiro, haverá, ou interpretação inautêntica, ou antinomia no subsistema, e uma e outra não deverão prevalecer, pois, repita-se, as normas da CF – e, dentre essas, as de superior hierarquia em essência – gozam de supremacia sobre todas as normas jurídicas brasileiras, isoladamente ou encaradas como subsistemas.

Essas considerações informam as bases do entendimento deste autor a respeito de sistema jurídico e da interpretação e aplicação de normas jurídicas no Brasil, notadamente quanto à verificação da sua coerência ou incoerência sistêmica – ou, trasladando a questão para a sede de validade ou invalidade, da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade –, como também das decisões proferidas pelos tribunais pátrios, incluídas as do próprio STF, nas quais devem prevalecer, em qualquer hipótese, as normas jurídicas emanadas da CF e, dentre essas, as de maior hierarquia em essência. Destarte, na identificação de **incoerência ou antinomia de**

normas jurídicas – inclusive se presentes em **subsistemas jurídicos** tidos como internamente coerentes – **e de decisões judiciais** – mesmo que exaradas do STF –, **em relação ao sistema jurídico brasileiro**, essas incoerências e antinomias **devem ser excluídas do ordenamento jurídico nacional**, ou, no mínimo, haverá de ser adotada **interpretação/aplicação capaz de elidir qualquer incoerência ou antinomia** que apresentem, com vistas à **manutenção da unidade sistemática do Direito brasileiro**, que nele deve viger.

CAPÍTULO 3

INÍCIO DA VIDA HUMANA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: A CONCEPÇÃO

Postas essas noções introdutórias tidas como relevantes aos objetivos traçados, pode-se passar à análise dos temas relacionados mais diretamente ao início da vida humana no Direito brasileiro. Para tanto, passar-se-á uma rápida *vista d'olhos* sobre algumas das principais teorias sobre o assunto e tratar-se-á da atribuição de personalidade jurídica ao ser humano, da presença de vida humana no nascituro e da proteção geral dos direitos do nascituro, sendo que já se adianta o principal entendimento obtido no presente estudo, no sentido de que essa proteção deve se perfazer **desde a concepção**.

Nesse mister, fugindo um pouco ao método lógico-dedutivo estrito e em *sentido inverso* ao verificado em parte de trabalhos que analisam matérias que têm suas bases na CF, serão, por primeiro, analisadas algumas normas infraconstitucionais que se relacionam com o início da vida humana no Direito brasileiro – incluídas normas que se referem à ocorrência de natimortos e à morte durante ou logo após o parto –, e alguns tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que integram o ordenamento jurídico nacional como lei ordinária, também atinentes ao mesmo assunto. A seguir, abordar-se-á as normas constitucionais concernentes à proteção da vida do nascituro e se finalizará este capítulo tratando da recepção constitucional das normas penais que se referem ao aborto.

3.1 ALGUMAS TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA NO DIREITO

Diversas teorias das áreas jurídicas buscam explicar o início da vida humana. Os marcos que sinalizam o início e o fim do estágio intrauterino do ser humano dão origem, respectivamente, às teorias (a) concepcionista e (b) natalista, enquanto outras fixam o principiar da vida humana em algum ponto do desenvolvimento humano entre a concepção e o parto, dentre as quais vale mencionar as teorias (c) da nidação, (d) genético-desenvolvimentista e (d) da formação do SNC.

Priscila B. de Matos (2016) e Daniela O. Soares (2019) declaram-se adeptas da **teoria concepcionista**, entendendo que a vida principia "com a fecundação – encontro dos gametas feminino e masculino –, também denominada fertilização" (Matos, 2016, p. 86). Já Leonardo A. P. de Mendonça (2016) e Baldan (2020), parecem adotar a **teoria da nidação**, sendo que o primeiro entende que "sem a nidação não é possível que o ser humano possa se desenvolver, sequer adquirir personalidade jurídica que lhe garanta exercer seus direitos", tendo em conta que "sua sobrevivência sem a ocorrência do fenômeno é nula" (não p.)[61], enquanto o segundo afirma que "práticas contraceptivas executadas antes do fenômeno da nidação serão reputadas indiferentes penais" (p.8-9). A **teoria genético-desenvolvimentista**, gradualista ou apenas desenvolvimentista, é mencionada por Mendonça (2016) e por Maria E. P. Marinho (2005) e, para essa teoria, "não há vida humana desde a concepção e o embrião [...] não tem caráter humano, sendo comparado a um mero aglomerado celular" (Mendonça, 2016, não p.), ou seja, "seria apenas um material biológico", porquanto "as fases que se seguirão desde a fecundação, 'de tão elementares, não geram qualquer prerrogativa capaz de gerar direitos'", embora seus adeptos defendam "o direito 'da criança' de nascer", uma vez que o embrião seja implantado no útero (p.220), o que a aproxima da teoria da nidação. Por sua vez, Rafael M. Costa e Cildo Giolo Júnior (2015), filiam-se à **teoria do início da formação ou desenvolvimento do SNC**, que parte da "premissa de que a vida humana se finda juntamente com as atividades cerebrais" – formulação essa que adota a noção de morte encefálica, a que se refere a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que regula o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano –, que "a vida humana se iniciaria, de igual modo, juntamente com o surgimento do cérebro" (p.311) e, ademais, que "é da essência do ser humano o seu psiquismo, o seu pensar, o seu sentir, o seu ser", de modo que "não seria razoável aceitar que a vida humana, assim como a vida dos animais, possa ser resumida à vida biológica" (p.323)[62]. A **teoria natalista** parece ser apoiada por Bairon Alvin (2022), que, com base na leitura que faz do art. 2º do CC, considera o nascituro como uma "expectativa de vida", por deter "meras expectativas de direito" (não p.).

[61] Foi visto que, sem a nidação, sobrevém a menstruação, o que, se decorrer de fato não intencional (ausência da adoção de medidas para impedir a nidação), caracteriza aborto espontâneo (tópicos 2.1 e 2.2; tb. Tópico 3.3).
[62] As questões da presença de atributos humanos no nascituro e da morte cerebral serão abordadas à frente (tópicos 4.3.3.3 e 4.3.3.4).

Nesses e em muitos outros autores do Direito, da Bioética *etc*. se encontram argumentos favoráveis e desfavoráveis a umas e outras dessas teorias, sendo despiciendo reproduzi-los, pois não se objetiva discuti-los amiudadamente. Importa, entretanto, anotar que a maioria das teorias que fixam o início da vida humana em algum evento a partir da concepção, ao que tudo indica, têm em vista mais questões jurídicas que envolvem o **embrião gerado por fertilização *in vitro* e não implantado no útero da mulher**, que o aborto de um ser humano em desenvolvimento no organismo da mulher.

Veja-se, p.ex., o que diz Mendonça (2016), que, inclusive, reconhece a necessidade de alteração legislativa para a fixação da nidação como marco legal do início da vida humana. Coerentemente com sua proposta, esse autor entende que "não há como considerar que ao embrião que ainda não fora implantado no corpo da mulher seja[m] garantido[s] os mesmos direitos que ao nascituro intrauterino" (não p.). Isso parece indicar que sua opção pela teoria da nidação resulta mais da preocupação em não reconhecer vida ao embrião produzido por fertilização *in vitro* e conservado em laboratório – o que poderia ser forçado a admitir, se adotasse a teoria concepcionista – do que o não reconhecimento da existência de vida humana no nascituro em desenvolvimento no organismo da mulher. Similar tipo de preocupação pode ser visto em Costa e Giolo (2015), Marinho (2005), Saldanha (2011) e em outros autores que se dedicam a temas jurídicos relacionados ao embrião concebido e mantido em laboratório[63].

Contudo, ao se deslocar o debate jurídico sobre o início da vida humana para a existência, ou não de vida humana no embrião não implantado, relega-se a segundo plano o ser humano que se desenvolve no organismo da mulher, ou seja, o nascituro. Sem dúvida aquele debate é relevantíssimo, principalmente em face das pesquisas científicas com células-tronco humanas obtidas a partir de fertilização *in vitro* e das que versam sobre manipulação genética de genes humanos, ou são relacionadas à

[63] Anota-se, para reflexão, que parece evidente que algumas(ns) pesquisadoras(es) que indagam sobre a existência de vida em embriões mantidos em laboratório, em quaisquer das áreas das Ciências, sejam movidas(os) por interesses eminentemente humanitários, visando ao benefício de todos os seres humanos, sem distinção de nenhuma espécie, e quiçá sejam a maioria. Todavia, não se descarta que possa haver outras(os) cujos interesses são mui diversos, de caráter puramente econômico e/ou a benefício de "alguns" (indivíduos, empresas, organizações e até governos), o que se constitui em viés muito grave em qualquer tipo de estudo.

reprodução assistida, sem deslembrar as polêmicas sobre a clonagem humana[64]. Contudo, independentemente de se chegar a diferentes conclusões jurídicas sobre o início da vida humana, não se pode comparar a realidade fática do nascituro, ou seja, de um ser humano em desenvolvimento no organismo da mulher, com a de um embrião gerado e mantido fora dele. Com tal deslocamento, o que aparentemente passa a ser mais importante não é o fato de uma mulher estar gestando um ser humano, mas *saber o que se pode ou não fazer com embriões humanos* concebidos *in vitro* e conservados em laboratório.

Considera-se, pois, que, quando o tema da vida humana é centrado sobre embriões mantidos em laboratório, há uma **severa perda de perspectiva sobre o ser humano que se desenvolve no organismo feminino**, cuja interrupção por ação humana, salvo nas hipóteses constitucionalmente admitidas, configura crime de aborto. Assim e em vista dos objetivos antes alinhados, **não se abordará a questão de saber se o embrião** – em fase embrionária, propriamente, ou qualquer outra em que se encontre, a partir da formação do zigoto – **concebido e mantido fora do organismo da mulher (em laboratório) tem vida humana, ou não**, porquanto tal assunto há de ser tratado em trabalhos a eles dedicados especialmente, atentando-se para as específicas incidências normativas que lhe digam respeito.

Abrindo um parêntesis para fechar este tópico. Por óbvio, não se descura que, em se reconhecendo a existência de vida humana no zigoto, isso, em princípio, atrai todo o conjunto normativo do ordenamento jurídico brasileiro que se aplica ao ser humano, em particular as normas constitucionais vigentes, porém, *na medida da proteção legal que lhes seja devida*, principalmente em vista do fato de *estar se desenvolvendo no organismo de uma mulher* (ser um *nascituro*, como aqui entendido, qualquer que seja seu estágio de desenvolvimento no interior do organismo feminino), ou de se tratar de embriões obtidos por fertilização *in vitro* e mantidos em laboratório (em qualquer fase de desenvolvimento embrionário), assim como óvulos e espermatozoides. Fazendo um paralelo, da mesma forma que a segunda parte do art. 2º do CC confere tratamento jurídico diferenciado ao nascituro e ao nascido, como

[64] A "utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos por processos de fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento" (art. 5º) é regulada pela citada Lei de Biossegurança, que pune como crime a não observância das condições que especifica (art. 24), a prática de "engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano" (art. 25) e a "clonagem humana" (art. 26).

logo se verá[65], o Direito Positivo brasileiro, ao menos teoricamente, pode tratar de forma diferente o embrião *enquanto não implantado no organismo feminino*, claro que observando os princípios constitucionais aplicáveis. E, perfeita ou imperfeitamente, já o faz, nos termos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, ou Lei de Biossegurança, a qual teve sua constitucionalidade aferida pelo STF por meio da APDF/3510, também perfeita ou imperfeitamente. Porém, descabem outras considerações a respeito e, a rigor, mesmo este *adendo* não caberia, pois, como dito, esse assunto deve ser objeto de trabalhos específicos que apropriadamente descortinem as questões jurídicas que o informam e, em particular, avaliem a *perfeição* ou *imperfeição* da Lei de Biossegurança e do acórdão lavrado na ADPF/3510 que, como integrantes do sistema jurídico brasileiro, devem ser com ele absolutamente coerentes, inclusive com relação ao direito à vida assegurado pela CF[66]. ***Fecha-se parêntesis*** e o tópico.

3.2 ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA AO SER HUMANO

Reza a primeira parte do art. 2º do CC que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida"[67]. Sem dúvida, a leitura apressada dessa norma jurídica pode levar à conclusão de que, para o Direito, a vida humana começa com o nascimento do ser humano – de *nascituro* que era, passa à condição de RN, *bebê* ou *criança* – e, em consequência, que aquele diploma legal adotaria a teoria natalista a respeito do começo da vida humana. Porém, não é isso que a norma jurídica dessa primeira parte do art. 2º do CC estipula! Vale repetir que o Direito não tem o poder de criar ou alterar os fatos da realidade (física, biológica, social, ou qualquer que seja) e pode, apenas e tão-somente, estabelecer que, ocorridos certos fatos no *mundo dos fatos*, seguem-se dados efeitos jurídicos, regulados no *mundo dos direitos* ou *do dever ser*. Os fatos *são*, e o Direito não os pode alterar. Assim, **o que a norma jurídica referida estabelece é que**, havendo **nascimento com vida**, que ocorre no *mundo*

[65] Tópicos 3.2 e 3.4.
[66] Despiciendo analisar o acórdão proferido na ADPF/3510, pois isso foge aos objetivos antes traçados, mas impende rechaçar a noção nele exposta de que a CF adotaria a teoria natalista quanto à proteção do direito à vida do ser humano. Por tudo o quanto será visto, para este autor a CF encampa a teoria concepcionista.
[67] Esclarece-se que todas as sublinhas que aparecem em *citações diretas de normas jurídicas* não constam dos originais e são inclusões deste autor, que toma a liberdade de não mencionar a expressão "sem sublinhas no original" em cada uma delas, mas essa menção se fará presente nas demais citações diretas onde entender conveniente sublinhar palavras e trechos.

dos fatos, **passa a existir uma *pessoa*** no *mundo dos direitos*, ou melhor, um **ser humano ou uma *pessoa humana* dotada de *personalidade jurídica***, não só no âmbito civil, mas para todos e quaisquer fins previstos no Direito brasileiro.

Essa é, na verdade, uma solução jurídica eminentemente *prática* para a definição do momento da aquisição da personalidade jurídica por um ser humano. O legislador brasileiro poderia ter escolhido qualquer outro momento para esse fim, mas **o momento do parto é o único evento, a partir da concepção, passível de**, com as tecnologias atualmente disponíveis, **ser averiguado com um certo grau de certeza**, pois paira grande incerteza quanto à data da efetiva ocorrência de todos os que se processam no organismo da mulher, em particular a concepção, a nidação e o início da formação do SNC[68], bem como os demais eventos que marcam o desenvolvimento pré-natal. E vale lembrar que, presente a importância jurídica de **existir vida no momento do nascimento**, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro 1973, ou Lei de Registros Públicos (LRP) exige a formalização da Declaração de Nascido Vivo, cujos dados devem constar nos assentos de nascimento realizados no prazo legalmente fixado para tanto[69].

Há que se ver que **mesmo essa certeza é relativa**, pois, apesar de existir, na atualidade, sistema regulado pelo Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que possibilita a emissão de certidões de nascimento pelos próprios estabelecimentos de saúde que realizam partos[70], muitos deles ocorrem fora desses ambientes (seja na casa da mãe, ou em outro local onde ela se encontre) e o registro do nascimento é feito apenas com base nas declarações prestadas pelas pessoas autorizadas pela LRP[71]. Em qualquer caso, entretanto, pode haver equívocos quanto à data e à hora exatas do nascimento, ou mesmo suspeita de falsidade da declaração – quem quer que a tenha feito –, motivo pelo qual a própria

---

[68] Tópico 2.2. Excetuam-se, evidentemente, os eventos verificáveis em processos de fertilização *in vitro*.

[69] LRP: "Art. 54. O assento do nascimento deverá conter: [...]; 10) o número de identificação da Declaração de Nascido Vivo, com controle do dígito verificador, exceto na hipótese de registro tardio previsto no art. 46 desta Lei; [...]. § 3º Nos nascimentos frutos de partos sem assistência de profissionais da saúde ou parteiras tradicionais, a Declaração de Nascido Vivo será emitida pelos Oficiais de Registro Civil que lavrarem o registro de nascimento, sempre que haja demanda das Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde para que realizem tais emissões."

[70] Art. 445 e ss. do Provimento nº 149, 2023, do CNJ (disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243. Acesso em: 8 nov. 2024).

[71] Os arts. 46 e 50 a 66 da LRP regulam procedimentos para os registros de nascimento e demais atos correlatos.

LRP prevê **mecanismos para sanar essas possíveis irregularidades**, inclusive na via judicial[72], visto que o parto, como fato do *mundo dos fatos*, é passível de ser averiguado e comprovado pelos meios de prova admitidos em Direito.

Por essas razões, falou-se, acima, que a fixação do *nascimento com vida* como o marco inicial do **surgimento da *pessoa* no *mundo dos direitos***, ou seja, da **aquisição da personalidade jurídica pelo ser humano**, é uma solução jurídica eminente *prática*, pois a adoção de qualquer momento do desenvolvimento do nascituro *no interior do organismo da mulher*, para tal finalidade, seria cercado de muitas mais incertezas que o momento do parto. O Direito, em especial quando da sua aplicação, não se compadece de incertezas e sempre almeja encontrar a *verdade dos fatos*, pelos meios de prova que admite (ainda que isso nem sempre seja possível). E a aquisição da personalidade jurídica é um evento importantíssimo, não só para as relações civis (como as decorrentes do CC em face, p.ex., dos direitos de família e direitos sucessórios), como para todo o ordenamento jurídico pátrio, pois, a partir daí o ser humano passa a ser **sujeito de direitos em toda a sua extensão**, e **o momento inicial desse evento não pode padecer de dúvidas**, ou, ao menos, essas devem ser passíveis de serem eliminadas com o grau de solidez possível.

3.3 NATIMORTO E MORTE DURANTE OU LOGO APÓS O PARTO

A atribuição, para todos os fins de Direito, da condição de *pessoa* ao ser humano nascido com vida, porém, não significa que o ser humano ou nascituro adquira *vida* somente a partir do nascimento. Repita-se: a *vida* é um fato e, como tal, pertence ao *mundo dos fatos*, não ao *mundo dos direitos*; o Direito pode fixar um momento para constatação da vida e conferir-lhe certos efeitos jurídicos, protegê-la desde quando se inicie e dar-lhe significado jurídico relevante, ou, até mesmo, desprotegê-la, qualquer que seja o estágio em que se encontre, e até não lhe atribuir qualquer relevância (como no caso das inúmeras infrações à vida humana cometidas

[72] LRP: "Art. 46. [...] § 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração [de nascimento], poderá exigir prova suficiente. § 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente. [...]. Art. 52. [...]. § 1° Quando o oficial tiver motivo para duvidar da declaração, poderá ir à casa do recém-nascido verificar a sua existência, ou exigir a atestação do médico ou parteira que tiver assistido o parto, ou o testemunho de duas pessoas que não forem os pais e tiverem visto o recém-nascido."

legalmente em nome de ideologias de variada ordem, ao longo da história), mas não pode defini-la de modo diferente do que *em si mesma é*.

Para falar sobre o marco inicial da vida humana do nascituro, no sistema jurídico brasileiro, por mais paradoxal que possa parecer, é mister abordar a possibilidade de sua **morte**, no decurso da gestação ou durante o parto. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro também se ocupa do **nascimento *sem vida*** e a ***perda da vida* ou morte quando do nascimento**, distinguindo, pois, duas situações, (a) a do **natimorto** e (b) a da **morte ocorrida durante ou logo após o parto**[73], como se vê dos dispositivos da LRP que determinam a feitura dos registros cabíveis, quer "no caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto" (art. 53; v. tb. art. 54, item 5º). A LRP, porém, determina providências diferentes para cada situação: (a) "no caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro 'C Auxiliar', com os elementos que couberem" (art. 53, § 1º); e (b) "no caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas" (art. 53, § 2º).

Veja-se que, ocorrendo a **morte no parto, ou logo após**, hão de ser lavrados **dois registros**: o de **nascimento com vida** e o de **óbito**, respectivamente, no **Livro A – de registro de nascimentos** e no **Livro C – de registro de óbitos** dos cartórios de registro civil (LRP, art. 33, I e IV). Já o **nascimento sem vida** é registrado no **Livro C-auxiliar – de registro de natimortos** (LRP, art. 33, V), pois, no Direito brasileiro, o assento de óbito pressupõe o registro do nascimento, donde a existência de um livro específico para o lançamento dos dados relativos ao natimorto.

---

[73] A comprovação dessas situações em atos registrais fidedignos importa especialmente ao Direito Civil, não só quanto à aquisição da personalidade jurídica, mas, em particular, em termos sucessórios, pois "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão" (CC, art. 1.798) e mesmo "os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão" (CC, art. 1.799, inciso I). O nascimento sem vida (natimorto) não implica aquisição de personalidade jurídica e nenhum outro efeito jurídico se verifica em relação ao nascituro, propriamente (o direito de atribuir-lhe nome, que logo se verá, é conferido aos pais); se nascer com vida, adquire os bens que lhe tenham sido doados antes de nascer e o quinhão hereditário/legado que lhe caiba da morte de alguém (CC, art. 2º), exceto no caso de comoriência (CC, art. 8º); tendo adquirido bens pelo nascimento com vida (doações, quinhões hereditários e legados) e ocorrendo sua morte, inclusive durante ou logo após o parto, passa à condição de autor da herança desses bens e os transmite à sua mãe e/ou pai, ou, na sua falta, aos demais parentes da linha sucessória. Porém, a relevância disso não se resume ao Direito Civil, pois reflete em outras áreas do Direito, como: trabalhista e previdenciária, no caso, p.ex., de licença-maternidade e licença-paternidade de empregadas(os) e servidoras(os) públicas(os); penal, em questões que remetem não só ao crime de aborto, mas também ao infanticídio (art. 123) e outros crimes; *etc*.

Até bem pouco tempo, não era permitido à mãe e/ou ao pai atribuírem nome ao filho natimorto no registro respectivo, pois se partia da interpretação de que o nome da pessoa (nome civil) é atributo ou direito inerente à personalidade jurídica[74], que não é adquirida pelo natimorto. Em consequência, a criança natimorta *não tem direito a nome* e, por isso, não há *nome civil* passível de ser lançado no Livro C-auxiliar do registro civil. Contudo, o CNJ, em 26 de setembro de 2023, emitiu o Provimento nº 151, que alterou o citado Provimento nº 149, de 2023, e passou a admitir expressamente essa possibilidade, entendendo-a como ***direito dos pais*** e permitindo, inclusive, a inserção do nome do natimorto nos registros lavrados anteriormente[75]. Para tanto, o CNJ invocou, nos *consideranda* do Provimento nº 151, de 2023, além do CC e do ECA, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e dispositivos de tratados, convenções ou pactos internacionais de que o Brasil é signatário, a saber: (a) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Públicos; (b) Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança; e (c) Convenção Americana sobre Direitos Humanos[76].

Evidentemente, as normas jurídicas editadas pelo CNJ, órgão do Poder Judiciário criado pela EC nº 45, de 2004, não se confundem com lei em sentido estrito[77], configurando-se como normas infralegais. Entretanto, as normas legais arroladas nos *consideranda* do Provimento nº 151, de 2023, sim. E, no que tange aos tratados internacionais arrolados, parece não haver dúvida de que todos eles versam sobre direitos humanos e, dessa forma, seus dispositivos somam-se aos direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente (CF, art. 5º, § 2º) e, ainda que não tenham sido internalizadas na categoria de EC, mas na de lei ordinária, gozam, no mínimo, do *status* de **normas supralegais** e, como tais, integram o ordenamento jurídico pátrio[78].

---

[74] CC: "Capítulo II – Dos Direitos da Personalidade [...] Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome."
[75] Art. 479-A do Provimento nº 149, de 2023, do CNJ, inserido pelo Provimento nº 151, de 2023, do CNJ (Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5282; Acesso em: 8 nov. 2024).
[76] Esses tratados internacionais serão abordados à frente (tópico 3.5).
[77] Consideram-se *leis em sentido estrito*, além das (a) leis complementares (CF, art. 69), (b) leis ordinárias (CF, art. 61), (c) leis delegadas (CF, art. 68), e os atos que *têm força de lei*, a saber: (d) as medidas provisórias, enquanto perdurar sua eficácia (art. 62) e (e) os tratados e convenções internacionais celebrados pelo Presidente da República que, uma vez referendados pelo Congresso Nacional, adquiram *status* de lei ordinária (CF, art. 84, inciso VIII).
[78] Tópico 2.3.

Dessa feita, a edição do Provimento nº 151, de 2023, pelo CNJ, à obviedade, não teve o condão de alterar, p.ex., o disposto na parte primeira do art. 2º do CC, ou de transformar o *natimorto* em *pessoa*, para quaisquer fins, deixando claro que *é dos pais* o *direito de atribuir nome ao filho nascido morto* – pois o natimorto, por não ter adquirido personalidade jurídica, continua não tendo direito a nome civil. Doutro lado, configura-se como um ato de interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais que menciona, visando à colmatação de uma lacuna percebida pelo CNJ na legislação pátria – em particular na LRP, que nada dispõe a respeito de atribuição de nome ao natimorto –, principalmente em virtude da posterior integração, ao ordenamento jurídico pátrio, dos tratados internacionais que menciona[79].

Tão importante quanto os procedimentos registrais do natimorto, para o debate que aqui se trava, é a situação da "criança" que "morrer na ocasião do parto", de que trata a LRP, art. 53, § 2º. Como ali se vê, a comprovação da morte do nascituro ocorrida durante o parto, ou logo após – ou, em outras palavras, do **nascimento com vida seguido de morte** – de ordinário se dá mediante a verificação de atividade respiratória da criança, o que evidentemente exige realização de perícia médico-legal[80]. **Comprovado o nascimento com vida**, ainda que tenha durado o tempo de uma respiração apenas, terá havido a aquisição da personalidade pela criança, seguida da sua extinção pelo óbito, havendo de serem lavrados os competentes assentos de nascimento e de óbito.

Ora, não é crível imaginar que o **parto** seja o evento que ***miraculosamente dá vida humana* ao nascituro**; o parto, simplesmente, *expulsa* o nascituro do organismo da mulher. De outro lado, *morte* pressupõe *vida anterior*, donde, **para que ocorra a morte no/durante o parto, a *vida* há de ter existido antes dele**. *Mutatis mutandis*, o mesmo se pode dizer em relação ao natimorto: **em algum momento da gestação e antes do parto, ocorreu a morte do, então, *feto*, o que implica que ele tinha *vida* antes disso**. Fala-se especificamente em *feto*, pois, para os profissionais da medicina, a morte fetal, caracterizada como natimorto, é aquela verificada a partir

[79] Ao mesmo tempo, a providência preconizada pelo CNJ dá um certo alento a mães e pais que, além da dor de ver um filho nascido morto, sequer podiam nomeá-lo no registro público, porém, agora lhes é outorgado esse direito.

[80] A definição de nascido vivo acima trazida (tópico 2.1) aponta, ainda, "outros sinais de vida, tais como batimentos do coração, pulsações do cordão umbilical ou movimentos efetivos dos músculos de contração voluntária" (2014a, p. 13). Descabe, porém, entrar em detalhes sobre a comprovação do nascimento com vida, pois quem se interessar pelo assunto pode compulsar livros de Medicina Legal e artigos jurídicos e médicos que abordam o tema.

da 20ª semana de gestação. Todavia, antes dessa IG, pode ocorrer **aborto espontâneo, provocado pela morte do pré-embrião, do embrião e até do feto no início do seu desenvolvimento** (Nazari; Müller, 2011)[81], e a mulher, sem saber-se grávida, pode considerá-lo como um mero atraso na sua menstruação[82].

Porém, em qualquer caso, seja na ocorrência da **morte do nascituro no parto ou logo após**, na **superveniência de natimorto**, ou no **abortamento espontâneo**, não se pode negar que **houve *vida* seguida de *morte***. Em outras palavras, **desde a concepção há vida**, sendo que essa pode se extinguir durante a gestação, no próprio organismo materno, provocando o abortamento espontâneo ou a ocorrência de natimorto, conforme a definição médica, e pela morte durante o trabalho de parto ou logo após o nascimento, ou, acrescente-se, pela promoção do seu abortamento. Saliente-se que essa constatação *fática* não é afastada pelas normas da LRP, pois essa tem função *instrumental* em relação ao disposto no art. 2º do CC, ou seja, visa a atestar juridicamente o fato do nascimento com vida, ainda que seguido de morte durante ou logo após o parto.

3.4 CONTRAPONTOS A TEORIAS QUE NEGAM VIDA DESDE A CONCEPÇÃO

Para contrapor alguns dos entendimentos que negam vida ao nascituro desde a concepção, cumpre adentrar na proteção geral dos direitos do nascituro, destacando-se a segunda parte do art. 2º do CC, que reza: "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Se a primeira parte do artigo, conforme antes exposto, diz respeito à configuração de *pessoa* para fins jurídicos, ou, em outras palavras, de *ser humano dotado de personalidade jurídica*, essa segunda parte já se refere ao nascituro, concepto ou ser humano em desenvolvimento no organismo da

[81] Diversas são as causas do aborto espontâneo, mas as principais são as "alterações que ocorrem durante as fases de clivagem, implantação e formação dos folhetos" e que "ocasionam a morte do concepto" (Nazari; Müller, 2011, p. 194) e, especialmente, as anomalias no código genético, de modo que o abortamento espontâneo funciona como uma espécie de "seleção prévia", sendo "responsável pela baixa incidência ao nascimento (0,5%) de crianças afetadas" por "anormalidades cromossômicas" (Montanari, 2013, p. 8). Atente-se que o abortamento espontâneo jamais pode ser confundido com crime de aborto, pois este pressupõe a adoção de medidas visando à interrupção da gravidez de modo a produzir a morte do nascituro antes ou durante a sua expulsão do organismo da mulher, enquanto aquele decorre de fatores naturais, como os mencionados nesta nota de rodapé.

[82] Anota-se que "cerca de 10 a 15% das gestações confirmadas seguem com aborto espontâneo. Até 25% de todas as gestações terminam em aborto espontâneo durante as primeiras 12 semanas de gestação. A incidência em todas as gestações provavelmente é maior, pois alguns abortos precoces são confundidos com menstruação tardia" (Dulay, 2022, não p.).

mulher antes do seu nascimento, assegurando-lhe os direitos decorrentes da lei, de modo geral, e não apenas os previstos no CC[83]. Essa é, também, uma solução *prática* adotada pelo legislador civilista, porquanto, embora ainda não seja possível fixar, com a precisão necessária, a data da concepção[84], **o nascituro, *desde esse momento*, se configura como um ser humano ou uma *pessoa humana* que *pode adquirir* personalidade jurídica** – tornar-se *pessoa* para o Direito brasileiro – e, consequentemente, **é necessário regular as consequências jurídicas de ele vir a adquiri-la** ao nascer com vida.

Impende atentar que essa segunda parte do art. 2º põe em evidência um fato que mesmo Costa e Giolo (2015), que defendem a teoria do início da formação do SNC, classificam de "notório e indiscutível", qual seja: "o concepto é dotado de vida e, como tal, possui carga genética própria" (p.302; sem sublinhas no original). O que esses autores discutem "é se essa vida seria humana ou não" e, por não reconhecerem a existência de vida humana antes do desenvolvimento do SNC, argumentam que se trata apenas de "vida biológica", pois, do contrário, "seria necessário, nos casos de transplantes de órgãos, reconhecer a 'vida humana' para um fígado que está sendo transplantado" (p.302), pois suas células também possuem carga genética completa. Porém, Costa e Giolo (2015) evitam reconhecer que **o zigoto** formado pela fecundação de um óvulo por um espermatozoide humanos **é a única célula capaz** de se desenvolver no organismo da mulher e **gerar um novo ser humano**. Nenhuma outra célula humana tem esse poder, afora, é óbvio, se for realizado um processo de clonagem, em que, em tese, qualquer célula do corpo humano poderia fornecer o material genético para um novo ser – talvez até uma célula

[83] Por meio do Ato do Presidente do Senado nº 11, de 2023, foi instituída uma Comissão de Juristas à qual foi atribuída a responsabilidade de "apresentar [...] anteprojeto de lei para revisão e atualização do CC" (art. 1º) (Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721). Como se vê da tabela comparativa de emendas e destaques, dentre as propostas em discussão na Comissão, consta a de dar a seguinte redação ao art. 2º do CC: "Art. 2º. A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida e termina com a morte encefálica; a lei põe a salvo, desde a concepção, para os fins deste Código, os direitos do nascituro" (alterações sublinhadas); tal proposta, no entanto, recebeu emenda que visa à manutenção da redação original, de modo que ainda nada se pode afirmar quanto à redação final do anteprojeto de lei (Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/2bff2818-781d-4352-929e-099679195a29). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024). Nada obstante, é pífia a pretensão de limitar a proteção devida ao nascituro *aos fins previstos no CC*, dado que isso interessa a outras áreas jurídicas, algumas mencionadas, e, em verdade, a todas as áreas do Direito brasileiro. Além disso, norma convencional no mínimo de caráter supralegal e mesmo legal referem-se especificamente à proteção de direitos *desde a concepção*, como se verá (tópicos 3.5 e 3.6).

[84] Salvo no caso de fecundação *in vitro*, repita-se.

do fígado –, mas que é um processo vedado no Brasil e punido como crime[85]. Assim, tal espécie de alegação não afasta a circunstância de que **o concepto é dotado de vida *humana*, desde a concepção**, qualquer que seja a data em que ela tenha efetivamente ocorrido, donde a proteção legal dos direitos do nascituro *desde a concepção*, como reza a segunda parte do art. 2º do CC.

Igualmente não se pode admitir que, antes do nascimento, o concepto seja apenas uma *expectativa de vida*, como sugere Alvim (2022), que, presente a **teoria natalista**, parte do entendimento de que "o nascituro é um ser humano que já foi concebido", mas "seu estado ainda é de gestação" e "não se sabe se nascerá vivo ou morto" (não p.)[86]. Com esse raciocínio, contudo, Alvim (2022) parece misturar conceitos do *mundo dos fatos* com aqueloutros do *mundo dos direitos*. A vida humana do nascituro existe desde o momento da concepção e o ***nascimento com vida* é apenas o *fato tomado pelo Direito* brasileiro para marcar o surgimento da *pessoa*** – do ser humano dotado de personalidade jurídica – para todos os efeitos jurídicos, mas poderia ser qualquer outro, até a própria concepção. A circunstância de o nascituro ser titular, não de direitos, mas de expectativas de direito ou direitos expectantes, que se concretizarão somente com o nascimento com vida, não permite inferir que sua vida seja, também, *expectante*; **sua vida *é*, desde a formação do zigoto** concebido naturalmente e que se desenvolve no organismo materno, ou da implantação do embrião fertilizado *in vitro* no útero materno.

Melhor sorte não é reservada aos argumentos utilizados por Mendonça (2016), que defende a aplicação da **teoria da nidação**. Esse autor se manifesta contra o aborto, exceto o legal, e defende que, mediante alteração legislativa, há de ser reconhecida personalidade jurídica ao embrião, entendendo necessário, para tanto, a sua implantação no útero materno, o que lhe possibilita "desenvolver-se e adquirir seguramente personalidade jurídica" (não p.). Sem dúvida se pode afirmar que a nidação é evento extremamente relevante para o desenvolvimento posterior do ser humano no organismo da mulher, contudo, a aceitação desse evento e o reconhecimento da sua importância não elimina, nem diminui a importância do evento anterior, que é a concepção, o

[85] V. nota de rodapé nº 35.
[86] No caso, se poderia falar em *teoria da personalidade condicional*, como faz Queiroz (2003), mas tal denominação se refere à aquisição da personalidade jurídica, e não à existência, ou não, de vida no nascituro.

primeiríssimo marco desse processo biológico, **sem o qual não há possibilidade de se verificar a nidação**, pois, ausente a concepção, dá-se a menstruação.

Mesmo seguidores da **teoria genético-desenvolvimentista**, que veem no embrião um *mero aglomerado celular*, reconhecem o seu *direito de nascer*, a partir do momento em que é implantado no organismo feminino, como se vê em Mendonça (2016). Nesse passo, a teoria genético-desenvolvimentista se aproxima da teoria da nidação, de modo que àquela se aplicam as mesmas considerações traçadas no parágrafo anterior em relação a esta.

Portanto, das teorias a respeito do início da vida humana aludidas, apenas a **teoria concepcionista** se conforma, no entender deste autor, às normas do ordenamento jurídico brasileiro enfocadas até o momento. Isso porque **essas normas fazem pressupor que o nascituro, desde o momento da concepção ou fecundação, já é dotado de vida humana**, a despeito de só com seu nascimento com vida adquira personalidade jurídica e se configure como *pessoa*, para todos os fins de Direito. Nada obstante, desde a concepção lhe podem ser e são atribuídos alguns direitos, os quais se perfectibilizarão com o início da sua vida fora do organismo da feminino, ainda que por poucos ou pouquíssimos instantes, como o de uma breve respiração.

3.5 DIREITO CONVENCIONAL E PROTEÇÃO À VIDA DESDE A CONCEPÇÃO

O que foi visto pode não bastar e, antes adentrar às normas constitucionais, convém dar continuidade à análise sistemática do Direito brasileiro, para checar se, além das citadas, outras normas que compõem o repertório do sistema jurídico brasileiro se alinham com a vida do nascituro desde a concepção, ou seja, se **confirmam, ou infirmam o entendimento segundo o qual a proteção da vida humana é devida desde a concepção**. Por óbvio, não serão analisadas *todas as normas jurídicas* desse repertório – tarefa hercúlea que ultrapassa os limites do presente estudo –, mas aquelas que se considera mais relevantes ao deslinde desse que é o objetivo principal do presente estudo. Para tanto, volver-se-á, por primeiro, aos tratados internacionais invocados pelo CNJ nos *consideranda* do Provimento nº 151, de 2023, para, nos tópicos seguintes, trazer algumas normas infraconstitucionais que, direta ou indiretamente, se reportam ao período do desenvolvimento do ser

humano que ordinariamente se passa no interior do organismo da mulher, e verificar o que, a respeito, estatui a CF.

O CNJ, no Provimento nº 151, de 2023, cita três tratados internacionais incorporados com *status* de lei ordinária ao Direito Positivo brasileiro[87]. A maioria das disposições normativas indicadas no Provimento dizem respeito, especificamente, à questão da atribuição de nome da criança, o que foi abordado acima. Contudo, os tratados trazem outras disposições normativas que se relacionam mais diretamente com os objetivos traçados, a saber:

a) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU)[88] estatui, ainda que genericamente e sem se referir expressamente ao ser humano antes do seu nascimento, que "o direito à vida é inerente à pessoa humana", direito esse que "deverá ser protegido pela lei", e aduz que "ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida" (art. 6, item 1);
b) a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIDC)[89], também sob os auspícios da ONU, define *criança* como "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade", salvo se a lei interna de um Estado Parte definir idade inferior para a maioridade (art. 1); a partir disso, reconhece especificamente à *criança* o "direito inerente à vida" (art. 6, item 1), de ser "registrada imediatamente após seu nascimento", que "terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles" (art. 7, item 1) e determina que os Estados Partes "assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança" (art. 6, item 2); para isso, estabelece o dever de os Estados Partes envidarem "esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir" "do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde" (art. 24, item 1), devendo garantir-lhes a "plena aplicação desse direito, em especial" com

[87] Os textos dos três tratados internacionais foram aprovados pelo Congresso Nacional, por meio de decretos do Poder Legislativo, e depois promulgados por decretos do Poder Executivo (v. tópico 4.2.11).
[88] Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; Decreto Executivo nº 592, de 6 de julho de 1992.
[89] Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990; Decreto Executivo nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

a adoção, dentre outras, das "medidas apropriadas com vistas a": assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde; e "assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal" (art. 24, item 2, letras "b" e "d"); e reza que "nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições", previstas nas normas internas dos Estados Partes ou em normas internacionais a eles aplicáveis, "que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança" (art. 41); e

c) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)[90], também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, essa na esfera da Organização dos Estados Americanos (OEA), após definir que "pessoa é todo ser humano" (art. 1, item 2), dispõe que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida", que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" e **explicitamente** estabelece que o direito à vida "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção" (art. 4, item 1); ao tratar da pena de morte (que foi admitida apenas em relação aos Estados que não a aboliram e para a qual impõe diversas restrições), estabelece que não se deve "aplicá-la a mulher em estado de gravidez" (Art. 4, item 5); estatui, ainda, que "nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de", dentre outras regras, "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" (art. 29, letra "a").

De início, atente-se que o PIDCP, a CIDC e a CADH podem ser tidos como *tratados internacionais sobre direitos humanos*, sendo irrelevante serem alcunhados como *pacto* ou *convenção*. Independentemente de pairar alguma dúvida sobre a atribuição dessa qualidade aos dois primeiros, essa não existe em relação à CADH, não só porque é intitulada *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, mas porque foi, justamente, a norma internacional analisada no RE nº 466.343-1/SP, que consiste no paradigma do STF a respeito da supralegalidade de tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados como lei ordinária[91]. Destarte, ainda que as normas da CADH

[90] Decreto Legislativo nº 27, de 28 de maio de 1992; Decreto Executivo nº 678 de 6 de novembro de 1992.
[91] Tópico 2.3.

não sejam tidas como cláusulas pétreas, há que se reconhecer nelas o caráter de supralegalidade, como decidido pelo STF, e igualmente as normas da CIDC e do PIDCP, salvo se se lhes excluir a natureza de tratados sobre direitos humanos.

Dito isso, vê-se, de forma clara e inequívoca, que o Pacto de São José da Costa Rica (CADH) **assegura proteção do direito à vida da pessoa humana desde a concepção**. Nesse mesmo sentido, se manifestam Danielle M. Heil, Emmeli Dalprá e Vagner C. de Oliveira (2021), entendendo que a CADH "claramente adotou a teoria concepcionista", considerando que a concepção é "o momento da união do espermatozoide com o óvulo" e "a partir desse marco é dever do Estado proteger a vida, e, consequentemente, punir quem a viola" (p.6531; sem sublinhas no original), além de classificarem suas normas como cláusulas pétreas[92].

A locução adverbial "em geral", que consta do item 1 do art. 4, é, de um lado, bastante típica de documentos internacionais, pois assinados por Estados partes que já possuem seu próprio corpo normativo, o qual pode não ser automática e imediatamente modificado a partir da celebração de tratados e convenções internacionais, sem descurar que **a internalização de certas normas neles previstas pode ser impossível em dado Estado, por contrariarem sua norma máxima** (constituição ou o que for). Daí o uso de expressões como essa ("em geral"), ou outras que expressam sentido similar, como *de acordo com as normas internas de cada Estado Parte* e *conforme admitido pela legislação interna do Estado membro*.

Assim sendo, **a locução "em geral"**, constante do item 1 do art. 4º da CADH, **não tem o condão de diminuir a proteção ao direito à vida desde a concepção ali prevista** e não pode, em especial, ser interpretada como uma *autorização* para que os Estados signatários, ao seu alvedrio, *criem exceções arbitrárias* a ela, visto que esse dispositivo, logo após estatuir que o direito à vida deve ser "protegido pela lei e, *em geral*, desde o momento da concepção", dispõe que "ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". Além do mais, por força da letra "a" do art. 29 da CADH, nenhum dos Estados-Partes pode "suprimir o gozo e exercício dos direitos e

[92] Heil, Dalprá e Oliveira (2021), porém, entendem: (a) que "o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria mista Concepcionista e Natalista", respectivamente na 2ª e na 1ª parte do art. 2º do CC (p. 6522), mas, como visto, a 1ª parte desse artigo não diz respeito ao início da vida humana para o Direito, pois se refere apenas à aquisição de personalidade jurídica pelo ser humano (tópico 3.2); e (b) cabível o aborto nas "hipóteses já positivadas no Código Penal" (p. 6533), ou seja, também no caso de gravidez resultante de estupro (CP, art. 128, II), hipótese que, como se verá, é antinômica e não mais deveria integrar o Direito brasileiro (tópico 4.1).

liberdades" nela reconhecidos, "ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista". Portanto, nos termos da CADH **a privação da vida de um ser humano, mesmo enquanto nascituro, jamais se pode dar de forma *arbitrária*** ou, em outras palavras, **ao *livre-arbítrio* dos Estados Partes, ou de quem quer que seja**.

Por outro lado, há casos em que o afastamento da proteção do direito à vida pode ser inevitável, como na legítima defesa para evitar risco iminente de morte ou de lesão grave[93], ou, no que respeita aos objetivos aqui versados, no caso do ser humano concebido e em desenvolvimento no organismo da mulher – do nascituro –, quando a vida da mãe está em perigo e não há outro meio de salvá-la[94]. Bem se vê que tais hipóteses **não derivam de arbitrariedade, mas da necessidade premente de proteger outra(s) vida(s)** e, não fosse a locução "em geral" do item 1 do art. 4º da CADH, a rigor, estariam vedadas por essa convenção.

Deve-se aduzir, ainda, que o item 5 do art. 4º da CADH **proíbe a aplicação de pena de morte** à "mulher em estado de gravidez", ou seja, **enquanto perdurar a gravidez**. Essa determinação, por óbvio, **tem em vista a vida do nascituro** ou ser humano em gestação no organismo da mulher condenada à pena capital, e reforça o dever de proteção que há de ser dispensado ao direito à vida desde a concepção.

Tais escólios atendem às normas de interpretação previstas no próprio subsistema jurídico representado pela CADH, que, como se verá, é totalmente coerente com as normas constitucionais brasileiras[95]. Desse modo, **não há como negar que o Pacto de São José da Costa Rica** – sejam suas disposições entendidas como normas supralegais, como quer o STF, ou como cláusulas pétreas, o que seria juridicamente mais acertado – **assegura a proteção do direito à vida do ser humano desde sua concepção, exceto nos casos em que, para a proteção de outra vida, a da mulher gestante, não haja como salvar a vida nascituro**.

---

[93] CP: "Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II - em legítima defesa; [...]. Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes".
[94] A norma sobre o aborto para proteção do direito à vida da mulher (CP, art. 128, I) se alinha com as normas quanto à legítima defesa (CP, art. 23, II, e art. 25), na medida em que se legitimam pela necessidade de proteção de *outra* vida, embora jamais o nascituro possa ser tido como um *agressor* da vida da mulher, nem mesmo metaforicamente.
[95] Tópico 3.7.

Quanto à CIDC, pode parecer, à primeira vista, que seus dispositivos dizem respeito *apenas* à criança *já nascida*, pois a Convenção não faz referência explícita à proteção da vida do ser humano desde a concepção, como a CADH. Porém, não é essa a conclusão a que se chega, quando se aprofunda no exame dos seus dispositivos.

De plano, atente-se que a CIDC não faz diferença entre criança e adolescente, como se vê no ECA, pois a definição de criança que adota é abrangente: "**todo ser humano com menos de dezoito anos de idade**", ou com idade inferior à definida pela lei interna do Estado Parte para a maioridade. Isso é relevante em dois aspectos: (a) a CIDC fixa a idade máxima da criança, mas não sua idade mínima, **não excluindo, portanto, o período anterior ao parto**; (b) os termos *criança* e *adolescente*, usados na legislação nacional, indicam o ser humano em diferentes fases de desenvolvimento *após o seu nascimento*, assim como *pré-embrião*, *embrião* e *feto* são vocábulos empregados para designar as diferentes fases do desenvolvimento do ser humano *antes do seu nascimento* e, não raro, a palavra *criança* também é utilizada para indicá-lo nesse período, inclusive em normas legais brasileiras[96].

Nesse sentido, é muito significativo observar que o item 1 do art. 7 da CIDC reza que "a criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome" *etc*. Já daí efetivamente se deduz que **o termo *criança* compreende todo o período pré-parto** ou pré-natal, não se restringindo ao período após o seu nascimento.

E tão significativo quanto é perceber que, ao dispor sobre o direito da criança à saúde "no melhor padrão possível", dentre "medidas apropriadas" para garantir a "plena aplicação desse direito", a CIDC inclui o dever de "**assegurar às mães adequada assistência pré-natal**". Claro que a assistência pré-natal se faz também em benefício das mães, porém, uma vez que tal norma se encontra inserida na CIDC, ou seja, em uma **convenção internacional que visa prioritariamente à proteção dos direitos da criança**, **a primeira destinatária da assistência pré-natal é a própria criança em desenvolvimento no organismo da mulher**, ou seja, o nascituro.

Aliem-se essas disposições da CIDC e se verá que esse tratado de direitos humanos – sejam suas disposições tomadas como normas supralegais ou como

[96] É o que, inclusive, se viu no art. 53, *caput* e § 1º, da LRP, que usa a palavra *criança* para se reportar à *criança nascida morta* (natimorto) e, pois, há de ser entendida como compreensiva do período pré-parto ou anterior ao nascimento de desenvolvimento do ser humano no organismo da mulher.

cláusulas pétreas – igualmente **assegura proteção à vida do ser humano desde a sua concepção**. Deve, dessa feita, ser afastado qualquer raciocínio no sentido de que a CIDC se configura como uma norma convencional que se refere apenas à proteção dos direitos de crianças após seu nascimento.

As disposições do PIDCP são mais genéricas e ali não se encontram dispositivos que possam ser reportados *diretamente* à situação do ser humano antes do seu nascimento. Contudo, ao estabelecer que "o direito à vida é inerente à pessoa humana", estabelece, à semelhança da CADH, que "ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida"[97]. Desse modo, **a privação da vida de qualquer pessoa jamais pode ser arbitrária**, de forma que os Estados partes não podem compactuar com a adoção de normas legais que outorguem o *direito de promover a morte de um ser humano*, qualquer que seja a fase de desenvolvimento em que se encontre, sem que haja uma **justificativa jurídica totalmente coerente** com o sistema jurídico ao qual se refira e que **afaste qualquer arbitrariedade da supressão do direito à vida**. Aplicam-se, no mais, as mesmas considerações trazidas a propósito do dispositivo correspondente da CADH, **vedando, especialmente, a extinção *arbitrária* da vida no nascituro**, ou seja, **ao livre-arbítrio de quem quer que seja**.

Destarte, todas as duas convenções e o pacto corroboram a conclusão de que a vida do nascituro começa com a sua concepção, seja atribuída às suas normas a natureza de supralegal, ou o *status* de cláusulas pétreas.

3.6 DIREITO DE NASCER NO ECA E DIREITO A ALIMENTOS GRAVÍDICOS

De plano se diga que o ECA, principal conjunto normativo brasileiro infraconstitucional que trata da proteção da criança, diferentemente da CIDC, distingue *criança* e *adolescente*, da mesma forma que a CF, que atualmente também fala em *jovem*[98], fazendo, portanto, referência a períodos de desenvolvimento do ser humano a partir do nascimento. Tal conjunto normativo não especifica, de maneira indene de

[97] À frente, serão trazidos trechos do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP que se referem ao direito à vida, os quais reforçam os entendimentos manifestados sobre a prevalência do direito à vida do nascituro em relação aos direitos atribuídos à mulher, conquanto, dos seus setenta itens, um único – o item 8 – seja amiúde referido em trabalhos pró-aborto como *autorizativo* do aborto ao livre-arbítrio da mulher (tópico 4.2.12).

[98] A inclusão do termo *jovem* na CF se deu por força da Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.

dúvidas, o momento de início da vida humana. Contudo, **isso não significa que o ECA não dê importância ao período anterior ao nascimento do ser humano, nem, tampouco, que a proteção que assegura à criança se perfaça apenas e tão-somente após o nascimento com vida**, como se viu em relação à CIDC.

Antecipando um pouco o raciocínio que será desenvolvido na sequência, veja-se que a CF assenta que "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 dignidade" e aos demais direitos que arrola (Art. 227, *caput*). E, de forma similar à CIDC, estabelece o dever de o Estado promover "programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, [...], mediante políticas específicas e obedecendo", dentre outros, ao preceito de "aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil" (Art. 227, § 1º, I)[99].

Em conformidade com essas e outras disposições constitucionais a respeito da criança e do adolescente e com os princípios exarados na CIDC e na CADH, o ECA:

a) considera *criança*, "a pessoa até doze anos de idade incompletos" (art. 2º), repete a disposição do *caput* do art. 227 da CF (art. 4º) e estatui que "a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que" – **destaque-se** – "permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência" (art. 7º);
b) a par disso, em atenção ao disposto no inciso I do § 1º do art. 227 da CF, dispõe expressamente sobre o período pré-natal, seja assegurando "às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal [...] no âmbito do Sistema Único de Saúde" (SUS) (art. 8º, *caput*), seja estabelecendo: que o "atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária" (§ 1º); a vinculação da gestante "ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher (§ 2º); o dever de o "poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e

[99] Voltar-se-á a esses dispositivos no tópico 3.7.

pós-natal" (§ 4º), inclusive "a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade" (§ 5º); o direito de a gestante ter um "acompanhante de sua preferência" já no "período do pré-natal" (§ 6º); e de receber um "acompanhamento saudável durante toda a gestação" (§ 8º); para mais, a recente Lei nº 14.721, de 8 de novembro de 2023, acrescentou um novo dispositivo ao ECA que prescreve que "a assistência psicológica à gestante, [...] deve ser indicada após avaliação do profissional de saúde no pré-natal [...], com encaminhamento de acordo com o prognóstico" (art. 8º, § 11);

c) além dessas disposições, o ECA traz outras que se referem ao período pré-natal, como: o encaminhamento da gestante ou da mãe "que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento", à Justiça da Infância e da Juventude, a qual "será ouvida pela equipe interprofissional" lotada naquela jurisdição e cujo relatório deverá considerar "inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal" (art. 19-A, *caput* e § 1º); a possibilidade de o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento "preceder o nascimento do filho" (art. 26, parágrafo único); a caracterização do "reconhecimento do estado de filiação" como "direito personalíssimo, indisponível e imprescritível", o qual pode "ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça" (art. 27);

d) finalmente, no que interessa ao presente estudo, destaca-se que o ECA dispõe que: "é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente" (art. 70); "as obrigações" ali previstas "não excluem da prevenção especial outras decorrentes dos princípios" adotados pelo ECA (art. 72); a "responsabilidade da pessoa física ou jurídica" pela "inobservância das normas de prevenção" previstas no ECA (art. 73); e a aplicação das "medidas de proteção à criança e ao adolescente", "sempre que os direitos reconhecidos" no ECA "forem ameaçados ou violados", inclusive "por ação ou omissão da sociedade ou do Estado" (art. 98, *caput* e inciso I).

O ECA "referiu-se [...] ao termo limite máximo da idade da criança, silenciando, todavia, no que concerne à sua idade mínima", como observa Victor S. Queiroz (2003, p. 240). Porém, similarmente ao que se viu na CIDC, **não excluiu o período anterior ao parto**, ainda que se tenha referido a *pessoa*, o que poderia atrair o conceito civil desse termo, mas tal não acontece. Com efeito, das diversas disposições do ECA trazidas – provenientes, em grande parte, de alterações legislativas relativamente recentes[100] –, se percebe que, ao lado da evidente outorga de garantia dos direitos à vida e à saúde da *criança* (e do adolescente), há **menção constante à gestante e/ao período pré-natal**, período em que não se pode falar em *pessoa* como ser humano dotado de personalidade jurídica.

Novamente se diga que, assim como se anotou em relação à CIDC, a inserção desse tipo de normas em um **diploma legal que se destina à proteção da criança e do adolescente**, certamente também visa à proteção da mulher grávida, mas isso apenas indiretamente. O **objeto principal do ECA é a *criança*, mas não restrita ao período posterior ao nascimento**, pois o fato da proteção iteradamente dispensada ao período gestacional está a demonstrar que, quando emprega esse vocábulo, **abrange o *nascituro***.

Saliente-se apenas uma das disposições aludidas acima: o **art. 7º do ECA**. Esse é o primeiro artigo do "Capítulo I – Do Direito à Vida e à Saúde" do "Título II – Dos Direitos Fundamentais" do ECA e a norma jurídica nele contida determina que a "**proteção à vida e à saúde**" da criança (e do adolescente) **não objetiva tão-somente permitir** o "desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência" da criança após nascida, **mas igualmente o seu "nascimento"**. A propósito desse dispositivo e fazendo menção ao art. 8º do ECA, se manifestam Alexandra B. de S. Gonzaga e Jovina da Silva (2019)[101], nos seguintes termos:

> Destarte, nítida é a proteção dispensada por esta Lei ao ser em formação, que se encontra em desenvolvimento ainda no útero materno. O disposto no supracitado artigo 7º, quanto ao **direito ao nascimento** que deve ser efetivado mediante políticas públicas destinadas a tal fim, é uma prova

[100] Como as promovidas pela Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, ou pela Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, ou, ainda, pela citada Lei nº 14.721, de 2023.

[101] As articulistas também se referem à proteção do direito à vida desde a concepção, nos termos da CADH (tópico 3.5), mas consideram-na "documento internacional que ingressou em 1992 no ordenamento pátrio com *status* de norma supralegal" (Gonzaga; Silva, 2019, p. 17266), ou seja, seguem a linha do entendimento firmado pelo STF no paradigma a propósito do tema, que sem dúvida é válido, mas ao qual este autor não adere (tópico 2.3).

> fidedigna deste ideal. Ademais, para repelir qualquer resquício de dúvida quanto a este aspecto, o artigo 8º do mesmo estatuto vem disciplinar de que modo podem-se exercer os direitos à vida e à saúde, ambos assegurados no artigo anterior, e acrescenta que é "assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal". Neste sentido, cumpre colacionar, ainda, o seguinte esclarecimento doutrinário:
>
> > O Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece direitos que devem ser exercidos mesmo antes do nascimento. Não bastaria, e até atentaria contra a integralidade da proteção infanto-juvenil, assegurar saúde e vida a crianças e adolescentes destinatários da norma estatutária sem reconhecer a importância da boa formação do feto, para garantia de uma vida saudável após o nascimento. Seria o mesmo que "cobrir a cabeça e descobrir os pés". ([...]). (AMIN, 2010, p35). (Gonzaga; Silva, 2019, p. 17267; sem sublinhas no original)

Ou seja, de forma clara, transparente, ineludível **o ECA garante ao nascituro o *direito de nascer***, na medida em que obriga o Estado a adotar políticas públicas que *permitam o nascimento sadio e harmonioso*, **compreendendo todo o período gestacional, da concepção** (ou da implantação do embrião no útero, no caso de fertilização *in vitro*) **ao parto**. Desse e dos demais direitos fundamentais da criança (e do adolescente) preconizados pelo ECA decorrem suas inúmeras normas jurídicas que se reportam à gestante e/ou ao período pré-natal[102], donde se verifica que todas elas objetivam permitir o ***nascimento da criança*** e, em decorrência, na verdade **têm em mira a *criança enquanto nascituro***, ou seja, **a proteção da vida do ser humano em desenvolvimento no organismo da mulher**. Esse também é o posicionamento de outros autores, como Queiroz (2003).

Importa, além do mais, trazer um outro diploma legal brasileiro que é muitíssimo significativo, pois **reafirma a proteção devida ao nascituro desde a concepção de modo expresso**. Trata-se da Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, que instituiu o "direito de alimentos da mulher gestante", denominados *alimentos gravídicos* (Lei de Alimentos Gravídicos). Nos termos dessa lei, os alimentos gravídicos compreendem "os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes" (art. 2º), relacionando algumas dessas despesas, mas não as limitando às que arrola.

O estabelecimento de alimentos gravídicos, na forma da Lei nº 11.804, de 2008, se insere no mesmo intuito de proteção ao ser humano em desenvolvimento no organismo feminino, desde a concepção. Porém, **o art. 2º da Lei de Alimentos**

[102] Há ainda outras, pois não foram citadas todas as normas jurídicas do ECA que se referem à gestante e/ou ao período pré-natal.

Gravídicos é explícito, pois expressamente fixa os marcos temporais do período em que os alimentos gravídicos são devidos, ou seja, os termos iniciais e finais dessa obrigação legal: "da concepção ao parto". Portanto, da sua leitura resta claro que a *mens legis* não se restringe a suprir as necessidades da mulher gestante, mas visa à **proteção da vida humana desde a concepção**. Trata-se do **direito à alimentação** da criança enquanto nascituro, que decorre do *caput* do art. 227 da CF e que deve ser garantido em caráter de **absoluta prioridade**, como se verá no tópico que se segue, e que objetiva *assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento* do nascituro, no melhor *padrão possível de saúde*, como determina a CIDC, e o seu *nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*, como preconiza o ECA, bem como a prevenção de anomalias que possam ocorrer no período pré-natal[103].

3.7 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO NASCITURO DESDE A CONCEPÇÃO

Com a *chamada* do final do tópico anterior, volve-se às normas do art. 227 da CF citadas. Antes, porém, e para que não haja controvérsia em função do fato de se ter começado a análise por normas infraconstitucionais afirma-se: **é a CF que confere validade jurídica** a todas as normas infraconstitucionais trazidas nos tópicos anteriores, assim como às que serão trazidas à frente e, por conseguinte, **é a medida de coerência e validade que anima o sistema jurídico brasileiro**, em toda a sua dimensão, jamais podendo ser desrespeitada.

Dando continuidade ao raciocínio, já se disse que as disposições do ECA são conformes à CF e se aduz que as normas do art. 2º do CC, da CIDC, da CADH, do PIDCP e da Lei de Alimentos Gravídicos igualmente estão com ela em plena consonância. Sobre isso parece não pairarem maiores dúvidas, na medida em que a CF, além de adotar o princípio da dignidade da pessoa humana e garantir o direito fundamental à vida de forma geral (art. 5º), no *caput* do art. 227 estabelece, "**com absoluta prioridade"**, o "dever da família, da sociedade e do Estado" de assegurar "o direito à **vida**, à **saúde**, à **alimentação** [...], à **dignidade**" a crianças, adolescentes e jovens, "além de colocá-los a **salvo de** toda forma de [...] **negligência**, [...], **violência**, **crueldade**".

[103] Como a anencefalia (v. tópicos 4.3.3.1 e 5.2.1).

O *caput* art. 227 da CF claramente define **direitos e garantias individuais** a que se refere o art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, § 2º, ambos também da Carta Magna. Portanto, desde já se vê que suas normas se configuram como **cláusulas pétreas** e, pelo emprego da locução "com absoluta prioridade", gozam de **natureza de norma constitucional de hierarquia superior em essência** a quaisquer outras normas constitucionais, inclusive em relação **a outras cláusulas pétreas**[104]. A norma do art. 227, infelizmente, não se refere expressamente a nascituro (ou similar), mas apenas a *criança* (e adolescente, e jovem), sem estabelecer seu *ponto de partida*. Isso faz com que alguns intérpretes/aplicadores do Direito pátrio propugnem que a proteção nela prevista somente tem incidência a partir do nascimento da criança, desprezando o período pré-parto do ser humano. Todavia, **a interpretação mais consentânea com o arcabouço constitucional e infraconstitucional do repertório do sistema jurídico brasileiro é a que inclui o nascituro na proteção absoluta e prioritária do direito à vida** e demais direitos arrolados no *caput* do art. 227 da CF, por força de disposição desse mesmo artigo e de outras normas constitucionais, o que logo ficará mais claro.

Em primeiro lugar, atente-se que a CF, no inciso III do seu art. 1º, fala em *dignidade da* ***pessoa humana***; ou seja, ao substantivo *pessoa* acrescenta o adjetivo *humana*. No Direito brasileiro, o substantivo *pessoa*, isolado, normalmente se refere ao ser humano dotado de personalidade jurídica, nos termos do art. 2º do CC, ou seja, a um conceito próprio do *mundo do dever ser*[105]. A CF, art. 1º, III, porém, usa a expressão *pessoa humana* e não traz uma norma jurídica que defina, para o *mundo do dever ser*, o que se deve entender por ela. No *mundo dos fatos*, *pessoa humana* tem extensão muito mais ampla que a definição de *pessoa* no *mundo do dever ser*, pois indica o **ser humano dotado ou não de personalidade jurídica**. Em outros termos, possuir o atributo do Direito da *personalidade jurídica* **não é condição ou pré-requisito para a incidência do princípio da dignidade da *pessoa humana***, de modo que, da interpretação e aplicação do inciso III do art. 1º da CF, **não se pode excluir o ser humano que ainda não adquiriu personalidade jurídica**, nem, tampouco, o ser humano afetado por incapacidade que lhe limite ou impeça o exercício dos direitos inerentes à personalidade jurídica.

---

[104] Tópico 2.3.
[105] Tópico 3.2.

Disso se deduz que o princípio da dignidade abarca a *pessoa humana* em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a concepção até a morte e pensar diferente implicaria cercear o alcance desse princípio. Retoma-se a noção segundo a qual os princípios jurídicos são de vital importância para o sistema jurídico, dado o "excepcional vigor aglutinante" (Vieira, 2000, p. 63) que deles emana[106]. Restringir a interpretação de princípios jurídicos é limitar a sua eficácia como norma jurídica aglutinadora do sistema, e isso só seria admissível no confronto de um princípio jurídico com outro ou outros de igual ou superior hierarquia *em essência*. No caso, está a se tratar de um princípio jurídico constitucional, o da *dignidade da pessoa humana*, que figura dentre os *princípios fundamentais da República Federativa do Brasil*.

Em segundo lugar, é mister verificar que a CF, no *caput* do seu art. 227, emprega a expressão "**absoluta prioridade**". A palavra *prioridade* aparece diversas vezes na CF, porém, em uma única vez a ela é adicionado algum complemento, e é justamente quando trata dos direitos da criança, do adolescente e do jovem. No caso, o complemento eleito pelo legislador constituinte é o adjetivo "absoluta", formando a *locução adverbial de modo* "com absoluta prioridade". Parece indene de dúvidas que, quando da interpretação/aplicação do dispositivo constitucional, **o sentido dessa expressão implica a vedação de quaisquer espécies de restrições ou reservas aos direitos da criança**, alinhados no *caput* do art. 227, dentre os quais figura o **direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade** *etc*., e a **vedação de exposição à negligência, crueldade** etc.

> Nessa compreensão, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), alertam para o princípio da Prioridade Absoluta quanto aos direitos de que são titulares esses seres ainda em desenvolvimento. [...]
> [...]
> Na definição de Liberati (2004, p.19), por absoluta prioridade, entende-se que:
>
> > A criança e o adolescente deverão estar, em primeiro lugar, na escala de preocupação dos governos; devem-se atender, primeiro, todas as necessidades das crianças e adolescentes. (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, **atendimento preventivo e emergencial às gestantes**, dignas moradias e trabalho, não se deverão asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a **vida**, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto, que ficam para demonstrar o poder do governante. (grifo nosso)

[106] Tópico 2.3.

> Desse modo, percebe-se a necessidade de dispensar um cuidado muito especial para com esses seres que por estarem em desenvolvimento e formação, restam enquadrados em uma categoria peculiar. A tal categoria, tanto a norma constitucional como a infraconstitucional preceitua que se deve abordar com absoluta preferência, não sendo plausível, pois, que haja desrespeito ou descaso para com qualquer dos direitos inerentes a esses sujeitos, devendo, desde logo, rechaçar-se qualquer afronta que seja. (Gonzaga; Silva, 2019, p. 17268–17269; grifos do original; sem sublinhas no original)

Com a interpretação combinada do art. 60, § 4º, IV, com o art. 5º, § 2º, ambos da CF, fica claro que há, aí, **cláusulas pétreas**, pois o art. 227 enumera direitos e garantias individuais que, aliás, enunciam um **princípio constitucional**: o da *absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem*. Ademais, trata-se de cláusula pétrea que, em função da locução adverbial "em absoluta prioridade", vem dotada com a natureza de ser **superior *em essência* às demais normas da CF**, mesmo **a outras cláusulas pétreas** e até ao **princípio da dignidade de *outras pessoas humanas***, com o qual, porém, se alinha quando se refere à **dignidade da própria criança, inclusive enquanto nascituro**. Esse ponto jamais há de ser posto de lado pelo intérprete/aplicador das normas brasileiras, constitucionais ou infraconstitucionais, a respeito dos assuntos tratados no presente estudo.

Vale rememorar, de outro lado, que o § 2º do art. 5º da CF dispõe que "os direitos e garantias" nela expressos "não excluem" aqueles previstos em "tratados internacionais" ratificados pelo Brasil. Tal é o caso dos direitos e garantias previstos na CADH, CIDC e PIDCP. Mesmo tendo em conta que tais tratados não foram recepcionados como EC e equivalem à lei ordinária, eles, no mínimo, gozam do *status* de normas supralegais, por força do paradigma do STF (o que é *certo* ao menos em relação à CADH). Mas o entendimento esposado por este autor vai além, pois **o comando constitucional** *não exclui* os direitos e garantias individuais previstos **notadamente na CADH e na CIDC**, mas, em vez disso, **os inclui no rol dos direitos e garantias individuais** que hão de ser respeitados na interpretação e na aplicação da própria CF e das demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema. Por tal razão, ainda que formalmente integrem o ordenamento jurídico como lei ordinária e se lhes atribua apenas o caráter de norma supralegal, a CADH, a CIDC e o PIDCP enunciam **cláusulas pétreas**, para efeito do disposto no art. 60, § 4º, IV, da CF. E convém enfatizar: **a CADH é expressa ao garantir a vida do ser humano desde a concepção** e, **da interpretação das normas da CIDC, decorre a**

mesma conclusão, proteção essa incluída dentre os direitos e garantias individuais asseguradas pela CF, na medida em que *não é por ela excluída* (CF, art. 5º, § 2º), mas encampada (CF, art. 227)[107].

E por último – e quiçá mais relevante –, do fato de não fixar expressamente o termo inicial para a proteção que dispensa à *criança*, **não decorre que a CF deixe de garantir a vida do nascituro**. Já se versou sobre esse tema quando se abordou a CIDC e o ECA, que igualmente falam em *criança* e estabelecem apenas a idade máxima, a partir da qual o ser humano, para efeitos legais, deixa de ser considerado tal, mas **não fixam nenhuma idade mínima**. Também já se verificou que esse fato **não elimina a proteção dispensada por esses conjuntos normativos à *criança em estado gestacional*** ou em desenvolvimento no organismo da mulher; pelo contrário, dos dispositivos da CIDC e do ECA se deduz que a proteção por eles dispensada **se perfaz desde a concepção** – sendo que o segundo assegura à criança o **direito de nascer** – interpretação essa corroborada pelas outras leis nacionais e tratados internacionais recepcionadas pelo Brasil com *status* de lei aqui abordados, em especial a CADH e o próprio art. 2º do CC. Porque totalmente coerentes com o sistema jurídico nacional, essas normas infraconstitucionais se prestam para demonstrar a total coerência da interpretação que insere o nascituro – a *criança* (ainda) *não nascida* – como destinatária dos direitos e garantias assegurados pelo *caput* do art. 227 da CF, em uma verificação de coerência *de baixo para cima*.

Importa realçar que **a igual conclusão se chega com a análise restrita às próprias normas da CF** que se referem ao período gestacional, **dispensando o recurso a quaisquer outras** que integram o repertório do sistema jurídico nacional. Dentre elas, figura a que determina que o Estado destine recursos públicos especificamente para a "saúde na assistência materno-infantil" (CF, art. 227, § 1º, I), o que é similar às normas da CIDC e fonte das normas do ECA sobre a proteção devida à maternidade.

Sem contradita, a palavra composta ***materno-infantil*** é muitas vezes utilizada em referência ao período pós-parto, em que a mulher, de *gestante*, passa a *mãe*. Entrementes, essa não é a única acepção da palavra materno-infantil, pois **frequentemente é utilizada para compreender o período da gestação, pré-parto**

[107] Relembre-se que o entendimento de Gonzaga e Silva (2019), quanto à natureza jurídica da CADH, difere da defendida por este autor (v. nota de rodapé nº 101).

ou pré-natal, e mesmo o adjetivo *materno* é habitualmente empregado em alusão à mulher durante a gravidez[108]. Esse sentido é encontrado em infindáveis normas jurídicas, manuais, cartilhas e publicações do Governo Federal[109] e dos governos das demais esferas da Federação, bem como em trabalhos acadêmicos de diversas áreas das ciências, em especial das áreas da saúde, dada a preocupação tanto com a saúde do ser humano em gestação quanto com a da mulher em período gestacional. Além disso, de forma similar ao que se vê na CIDC e no ECA, a norma jurídica constitucional em tela está localizada no capítulo da CF que trata "Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso" (Cap. VII) e, mais especificamente, no artigo que assegura, *com absoluta prioridade*, os seus direitos, assim como os do adolescente e do jovem (art. 227).

Se tanto não bastar, deve-se ver, ainda, que **a CF é explícita ao assegurar a proteção à maternidade**. Já no seu Título II, "Dos direitos e garantias fundamentais", a CF elegeu a "proteção à maternidade" como **um dos direitos sociais por ela assegurados** (art. 6º). À frente, quando trata da Previdência Social, determina que essa deverá atender, "na forma da lei", à "proteção da maternidade, especialmente à gestante" (art. 201, II) e, ao enfocar a Assistência Social, estabelece, dentre seus objetivos, o de "proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice" (art. 203, I). Isso tudo é extremamente significativo, pois parece claro que a elevação da **maternidade a direito fundamental social**, com seus reflexos nas áreas previdenciária e da assistência

[108] No Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, encontra-se a seguinte definição de materno-infantil: "Relativo à mãe ou à futura mãe e ao seu bebê" (Disponível em: https://dicionario.priberam.org/materno-infantil. Acesso em: 8 nov. 2024; sem sublinhas no original).

[109] Apenas para exemplificar, cita-se a notícia do Governo Federal sobre o evento de reabertura do Comitê Nacional de Prevenção à Mortalidade Materno-infantil, realizado em novembro de 2023, no qual foram apresentados os dados preliminares da "*Pesquisa Nascer no Brasil II: Inquérito Nacional sobre Aborto, Parto e Nascimento* (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2023/novembro/morte-de-maes-negras-e-duas-vezes-maior-que-de-brancas-aponta-pesquisa. Acesso em: 8 nov. 2024). Trata-se de estudo realizado em parceria com a Fiocruz, a partir dos dados disponibilizados pelo SUS, e que apresenta um cenário aprofundado sobre nascimento e gestação" (não p.), enfocando, especialmente, a ocorrência de morte de mulheres durante ou logo após a gravidez. A pesquisa, por sua vez, esclarece que os dados foram coletados de outubro de 2022 a novembro de 2023 e adverte que o relatório ainda não se encontra em seu formato final (abrange 80% da coleta de dados e não está com a amostra final devidamente ponderada e calibrada), mas enfoca "indicadores obstétricos" e "desfechos perinatais, tais como a Morbidade Materna Grave (MMG), *Near Miss* Materno (NMM) e Mortalidade Materna" (p.3), definida a primeira como "a ocorrência de uma complicação materna grave durante a gravidez, parto ou puerpério", enquanto o segundo "é utilizado para as mulheres que quase morreram, mas sobreviveram, a complicações ocorridas no período gravídico-pueperal" (Leal *et al.*, 2023, p. 3; 14; sem sublinhas no original). No que importa ao presente estudo, disso tudo se vê a clara associação do termo materno-infantil ao período gestacional.

social, **objetiva, em suma, a proteção do nascituro**, a despeito de nela também se inferir a proteção que é devida à mulher gestante enquanto tal, pois da saúde desta – inclusive em aspectos nutricionais – depende a daquele, o que se reflete em muitas outras áreas do Direito[110].

Ora! Para que a vida e a saúde da *criança* sejam asseguradas **com absoluta prioridade**, **o sentido de "materno-infantil"** do inciso I do § 1º do art. 227 da CF, conjugado com a **proteção à maternidade como direito social**, garantido pela mesma CF no art. 6º e referido em outras de suas normas, consiste naquele que **abarca o período gestacional na sua integralidade, ou seja desde a concepção até o parto**. Excluir o período gestacional da proteção deduzida da CF, de modo a **afastar a proteção devida ao nascituro é restringir o princípio constitucional da absoluta prioridade dos direitos da criança** (CF, art. 227, *caput*, c/c o inciso I do seu § 1º) – que se mostra dotado de hierarquia superior em essência mesmo em relação às demais normas constitucionais –, e não só ele, mas, igualmente, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), o princípio constitucional de proteção à maternidade (CF art. 6º, caput, aliado aos arts. 201, II, e 203, I), o princípio constitucional da proteção ao direito à vida (art. 5º, *caput*) e o princípio constitucional da inclusão, no ordenamento jurídico, dos direitos e garantias individuais previstos em tratados e convenções internacionais na qualidade de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV, c/c art. 5º, § 2º).

De lege ferenda, o *ponto ótimo* do ordenamento jurídico brasileiro nesse aspecto consistiria em a CF trazer dispositivo que estatuísse, direta e explicitamente, que a proteção da vida do nascituro começa na sua concepção – ou que, p.ex., a CADH tivesse integrado o ordenamento jurídico brasileiro com *status* de EC, ou fosse indene de dúvidas que suas normas consistem em cláusulas pétreas –, pois a ausência de um dispositivo dessa natureza suscita dúvidas. Entretanto, no dizer dos economistas, *o ótimo é inimigo do bom*, e se deduz que dispositivo constitucional dessa natureza não se faz indispensável *de maneira absoluta*, porquanto, da **interpretação sistemática dos princípios e normas da própria CF**, mormente das já referidas, se pode com nitidez inferir que **a garantia constitucional do direito à vida e à dignidade da *pessoa humana* têm como marco inicial a concepção do ser humano**.

[110] Como no Direito Penal, que será abordado à frente (tópico 3.8).

Isso fica ainda mais claro quando se aduz a interpretação, também sistemática, das diversas outras normas jurídicas citadas, incluídas as de origem internacional, que afirmam e reafirmam o entendimento do início da vida humana na concepção, com destaque para a lei de alimentos gravídicos e para a CADH, que **explicitamente se refere à proteção da vida a partir da concepção do ser humano**, e ao ECA, que estabelece o **direito de nascer**, sem, porém, atribuir menor valia a quaisquer das demais normas jurídicas mencionadas. Todas essas normas compõem o repertório de um mesmo sistema jurídico, o brasileiro, e, com a interpretação das normas constitucionais no sentido de que a vida humana se inicia com a concepção, percebe-se que, tanto em sentido *vertical de cima para baixo* ou *de baixo para cima*, quanto *lateralmente*, o **repertório do sistema jurídico brasileiro a respeito do tema guarda quase total coerência**, a qual seria, quando menos, deslustrada, caso coubesse a interpretação de que a CF não protege a vida humana e a dignidade do nascituro desde a concepção[111].

Afirma-se que o repertório do sistema jurídico brasileiro guarda *quase total* coerência a respeito da proteção devida ao nascituro desde a concepção – e não coerência *total* ou *plena* – porquanto, além de outras que possam existir, detectam-se algumas antinomias e incoerências a respeito do início da vida do ser humano que tocam diretamente a questão do aborto. Na continuidade, essas antinomias e incoerências serão abordadas, mas antes serão trazidas outras normas jurídicas desse repertório que se mostram sistematicamente coerentes, na medida em que têm em mira a proteção do direito à vida do nascituro desde a concepção.

[111] A coerência sistêmica também pode (e deve) ser verificada em relação a normas infralegais que versam sobre o tema, aí incluídas as emanadas de autarquias profissionais. Cita-se, como exemplo, a Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019, do CFM, que trata da "recusa terapêutica", prescrevendo que "não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito" (art. 5º). O abuso de direito é caracterizado como a recusa "que coloque em risco a saúde de terceiros" ou que "exponha a população a risco de contaminação" (§ 1º) – e que, quando "manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto". Ou seja, essa norma infralegal mostra-se coerente com a interpretação de que o sistema jurídico brasileiro protege a vida humana do nascituro desde a concepção (Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232). Outras, porém, podem não guardar tal coerência, e algumas poucas serão abordadas. Aduz-se que a resolução aludida neste rodapé foi questionada perante o STF por meio da ADPF/642, de 2019, tendo como relator, atualmente, o Sr. Ministro Nunes Marques, mas não houve pronúncia de voto até a data de finalização do presente estudo (Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5839268). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

3.8 RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS PENAIS SOBRE ABORTO

A norma penal, propriamente dita e em si mesma considerada, não proíbe, nem impõe ações, omissões, condutas e comportamentos humanos. Muito resumidamente, apenas *tipifica* como crime ou contravenção penal certas ações, omissões, condutas e comportamentos, quando tidos como prejudiciais ao ser humano, individual ou socialmente considerado, e os *pune*, podendo, também, *isentar de punibilidade* alguns dos que tipifique como crime ou contravenção, em situações que especifique[112]. Isso pode independer de haver norma jurídica que, de forma expressa e peremptória, proíba ou obrigue tal ou qual ação, omissão, conduta e comportamento humano[113]. Portanto, em geral, **se *é* o fato** que a norma penal descreve, ***deve ser* a pena** que prescreve e, repita-se, o Direito Penal congrega normas jurídicas sobre ações *etc*. valoradas pelo legislador como merecedores de apenamento, porque nocivas ao indivíduo ou à sociedade, mesmo que não haja outra norma legal que as proíba ou obrigue. Obviamente, porém, a *nocividade* que informa a norma penal não é *algo aleatório*, que *brota do nada* e, por decisão discricionária ou arbitrária do legislador, é categorizado como crime ou contravenção penal. A nocividade ao indivíduo ou à sociedade deve resultar do próprio ordenamento jurídico, sobretudo dos princípios jurídicos e dos direitos que estão na base do sistema jurídico a que pertença.

Dessa feita, de plano se deve atentar que as disposições penais sobre o aborto (arts. 124 a 128) estão inseridas no capítulo dos "**crimes contra a vida**" do CP, que encabeça o Título I da Parte Especial, que versa sobre os "**crimes contra a pessoa**". Antes, porém, de falar do crime de aborto, importa destacar as seguintes situações previstas no CP:

a) a parte geral do CP estatui que "são circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime", dentre outras, quando o agente ou autor do crime o comete "contra [...] mulher grávida" (art. 61, II, "h");

[112] O mesmo raciocínio se aplica a normas jurídicas de outra natureza que impõem sanções, como as que tipificam infrações administrativas, contra a ética profissional *etc*.
[113] Esse é o caso, p.ex., do crime de homicídio, que independe de existir uma norma jurídica que expressamente *proíba* "matar alguém" (CP, art. 121), porquanto o direito à vida é um dos direitos e garantias individuais asseguradas a todos os seres humanos no Brasil pela CF (art. 5º, *caput*).

b) o art. 121 do CP trata do crime de homicídio e, dentre as hipóteses de homicídio qualificado, a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, incluiu o feminicídio, ou seja, o homicídio "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino" (§ 2º), cuja pena é aumentada "de 1/3 até a metade", se for praticado "durante a gestação, ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto" (§ 7º, II) e em outras hipóteses;

c) além disso, o CP prevê outras hipóteses de aumento da pena quando o crime é praticado contra gestante, como é o caso dos crimes de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203) e de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207).

Todas essas disposições tratam do **agravamento da pena de crimes cometidos contra mulheres gestantes ou grávidas**. A primeira tem caráter geral e as últimas, embora não digam respeito diretamente à vida do nascituro, importam em situações que podem causar prejuízos ao seu desenvolvimento no organismo da mulher. Já na segunda, o aumento da pena decorre do fato de que o feminicídio durante a gestação geralmente também causa a morte do nascituro[114] e, pois, implica um ***duplo homicídio*: da mulher *e* do nascituro**.

Tendo isso presente, passa-se à análise da recepção constitucional das duas hipóteses de excludente de punibilidade[115] do crime de aborto do ordenamento jurídico brasileiro, previstas nos inciso I e II do art. 128 do CP, respectivamente: aborto necessário e aborto em caso de gravidez resultante de estupro.

Abre-se parêntesis: muito se utilizou a palavra *estupro* e é tempo de lembrar que o CP, a partir da edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, prevê dois tipos penais concernentes a essa conduta delituosa: (a) o crime de estupro, agora definido como "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato

[114] Diz-se "geralmente", pois pode haver casos em que seja possível salvar a vida do nascituro, por meio de intervenção cirúrgica imediata, ou, no caso de morte encefálica da mãe, a manutenção do seu corpo em funcionamento, até que seja possível realizar o parto. Tais situações, embora raras, não são incomuns e delas qualquer pessoa pode se inteirar, por meio de pesquisa na Internet, sendo despiciendo alongar esse assunto.

[115] Prefere-se *excludente de punibilidade* a *excludente de criminalidade*, pois, rigorosamente, se emprega quando há a ocorrência de um fato tipificado como crime pela norma penal, mas, em função da incidência de outra norma, a punição prevista para o crime não é aplicada. Ou seja, o fato continua tipificado como crime, mas não é punido. No entanto, se utilizará a palavra *descriminalização*, quando referente, em especial, à ADPF/442.

libidinoso" (art. 213); e (b) o crime de estupro de vulnerável, definido como "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos" (art. 217-A, *caput*), ou "com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência" (art. 217-A, § 1º)[116]. Voltar-se-á à atual tipificação penal desses crimes e se tratará de alguns de seus reflexos no sistema jurídico nacional, porém, será utilizada sempre a denominação *crime de estupro* abrangendo indistintamente os dois tipos penais, salvo se houver necessidade de diferenciá-los. ***Fecha-se parêntesis***.

O crime de aborto é o que se comete diretamente contra a vida do ser humano em desenvolvimento no organismo materno. Em outras palavras, é o crime que visa à extinção da vida do nascituro em si mesmo considerado – é o *homicídio* do nascituro –, ainda que do seu cometimento possa também resultar a morte da mãe. Difere do parto pré-termo, que, em sentido estrito, é a antecipação natural do parto, mas pode ser induzido, quando vise a que o ser humano nasça com vida e sobreviva, nada obstante os nascimentos pré-termo sejam causa da morte de grande número de RN muito prematuros e/ou com baixo peso ao nascer (Castro et al., 2011; Nazari; Müller, 2011).

O CP prevê *modalidades* diferentes de crime de aborto e agentes ou autores do crime diversos, a saber: (a) "aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento", cujo agente é a própria gestante (autoaborto), ainda que, a seu consentimento, um terceiro o tenha provocado (aborto consentido) (art. 124; pena – detenção, de um a três anos); (b) "aborto provocado por terceiro", cujo agente do crime é um terceiro (inclusive médicos, enfermeiros, parteiras *etc*.), com dois subtipos, sendo o primeiro aquele realizado "sem o consentimento da gestante" (aborto não autorizado ou forçado) (art. 125; pena – reclusão, de três a dez anos) e o segundo, "com o consentimento da gestante" (art. 126; pena – reclusão, de um a quatro anos). Os crimes de aborto dos arts. 125 e 126 comportam agravamento da pena sob a "forma qualificada", para a qual o CP prevê aumento "de um terço" das penas previstas

[116] As penas básicas cominadas pelo CP para esses tipos penais são: (a) no caso de *crime de estupro* – "reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (art. 213, *caput*); (b) no caso de *crime de estupro de vulnerável* – "reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos" (Art. 217-A, *caput*). Essas penas são agravadas, nos termos dos parágrafos dos mesmos artigos que definem os referidos crimes, se, da conduta delituosa, resultam lesões corporais de natureza grave na vítima, ou sua morte e, em se tratando do crime de estupro, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos.

para cada tipo penal, “se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave”, e a duplicação das penas “se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte” (art. 127)[117]. Como em outras prescrições penais, o CP também trata dos **casos de excludente de punibilidade**, que são o “aborto necessário”, ou seja, “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (art. 128, I), e o “aborto no caso de gravidez resultante de estupro” (art. 128, II).

Além dessas hipóteses propriamente legais, sobreveio, em 2012, a *descriminalização*, ou melhor, **excludente de punibilidade do aborto do feto com anencefalia**, mas dessa feita por meio de decisão do SFT, na mencionada ADPF/54. Não se tratou de decisão unânime, mas, pelos fundamentos da maioria do Plenário do STF que se manifestou favorável ao pleito deduzido na inicial, o aborto de feto anencefálico, designado por alguns como *antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia*, também estaria albergado pela CF.

Restringindo estas considerações à pretensão deduzida na inicial da ADPF/442 – já porque a questão envolvendo o feto anencefálico não diz respeito propriamente à recepção constitucional de lei e será abordada em outro tópico[118] –, vê-se que consiste na declaração da “não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal (CP), para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas” (p. 61; sem sublinhas no original). No entanto, pelo entendimento manifestado de que, para o Direito brasileiro, a vida do ser humano começa na concepção, **os tipos penais dos arts. 124 e 126 do CP,** assim como do seu art. 125, da forma qualificada do art. 127 e da excludente de punibilidade do inciso I do art. 128, todos do CP, **foram integralmente recepcionadas pela CF**, na medida em que são **perfeitamente conformes** à interpretação sistemática dos princípios e normas constitucionais de **proteção da vida do nascituro desde a concepção** – interpretação essa que decorre, em particular, do *caput* do art. 227, c/c seu § 1º, I, e com os arts. 1º, III, 5º e 6º, todos da CF –

[117] CP: “**Aborto provocado por terceiro** – Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. [...]. **Forma qualificada** – Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.” Os arts. 124, 126 e 128 do CP foram transcritos nas notas de rodapé nºs 3 e 10.
[118] Tópico 4.3.

guardando coerência com as referidas normas infraconstitucionais, inclusive convencionais, que compõem o repertório do sistema jurídico brasileiro.

É significativo observar que isso é confirmado pela própria **localização dos tipos penais do crime de aborto no CP**, qual seja, o **capítulo "Dos Crimes contra a Vida"** (Capítulo I do Título I da Parte Especial). Em vista dessa alocação, uma simples pergunta pode ser feita: *Qual a vida protegida pelos tipos penais do crime de aborto no CP?* A única resposta possível é **a vida do nascituro**! Não há outra resposta cabível, pois, quando se trata de proteger a **vida da mulher gestante**, o CP se preocupou em **excluir a punibilidade do crime de aborto** (art. 128, I) e em **agravar a pena**, se do cometimento do aborto resultar a **morte da mulher**. E importa enfatizar que a tipificação dos crimes de aborto dos arts. 124, 125 e 126 principia invariavelmente com "provocar aborto" e não agrega qualquer especificação com respeito ao nascituro, mas apenas em relação aos agentes dos crimes tipificados em cada um deles e à presença ou ausência de consentimento da mulher.

Não se deslembra que há autores que, embora reconheçam vida no nascituro, fixam seu início em algum evento posterior à concepção[119], de modo que entendem que só haveria crime de aborto após a ocorrência do evento que elegem para tanto, como é o caso, p.ex., daqueles que adotam a teoria da nidação e defendem que "o crime de aborto apenas poderá ter lugar no período compreendido entre a nidação até o início do parto" (Baldan, 2020, p. 8). Porém, **o CP não traz qualquer limitação a esse respeito**, de modo que descabe estabelecer condições em relação ao nascituro – seja quanto a algum evento durante o seu desenvolvimento no organismo da mulher, seja sua IG ou outros –, que cerceiem a incidência da norma penal que protege sua vida. Trata-se de mais uma ratificação de que, para o sistema jurídico brasileiro, **há vida no nascituro e que essa vida é digna de proteção, desde a concepção**, inclusive **por meio da tipificação penal de crimes que se perpetrem contra ela**, ou seja, o crime de aborto em qualquer dos seus tipos penais, em conformidade com a proteção que deve ser dispensada à vida já no art. 5º da CF e, mais especificamente, no art. 227 também da CF.

Vale um raciocínio *a contrario sensu* a partir da seguinte pergunta: *O que aconteceria se realmente não tivesse cabida, no sistema jurídico brasileiro encimado*

[119] Tópico 3.1.

pela CF, a proteção da vida do nascituro desde a concepção? A resposta, *ad argumentandum tantum*, rigorosamente seria que nenhum dos dispositivos do CP que versam sobre o crime de aborto, do art. 124 ao art. 128, encontraria ressonância na CF e diferente haveria de ser a regulação do aborto. Quando muito, as normas penais, alocadas em capítulos adequados, conteriam disposições que protegessem a mulher contra a realização de aborto forçado (em detrimento da sua vontade)[120], ou contra práticas abortivas que pudessem lhe implicar a morte, ou lesões corporais, ou ofensas à sua dignidade sexual, saúde reprodutiva e direito de livremente decidir sobre seu planejamento familiar (no último caso, podendo ter o homem e o casal[121] como vítimas), ou, ainda, que se enquadrassem como medida de proteção à família, à saúde pública *etc*. Seja como for, se se pudesse extrair da CF que o nascituro não tem direito à vida, o aborto a rigor não deveria figurar no capítulo "Dos Crimes contra a Vida", pois *não haveria vida a ser protegida pelo Direito*.

Entretanto, assim não é e a vida do nascituro, reitere-se, deve ser protegida, consoante a CF, desde a concepção com absoluta prioridade, porquanto, diante do sistema jurídico brasileiro, **não há *meia* proteção à vida: há proteção à vida *por inteiro***, da formação do zigoto até o *último suspiro* do ser humano. Dessa feita, se reafirma que as normas jurídicas penais dos **arts. 124 e 126 do CP** – e, também, dos seus arts. 125, 127 e 128, I – foram recepcionadas pela CF, de modo que a sua **exclusão** do repertório do sistema jurídico brasileiro, ou **mesmo a menor limitação da sua eficácia** significaria, isso sim, **ofensa à ordem constitucional**.

Em razão disso e de tudo quanto foi dito, a única excludente de punibilidade do crime de aborto efetivamente coerente com o sistema jurídico brasileiro é a do **aborto necessário**, prevista no inciso I do art. 128 do CP, ou seja, quando o abortamento é a **derradeira alternativa existente para eliminar o risco de morte da mãe**. Isso porque tal hipótese se configura como decorrência de um princípio não escrito expressamente na CF, mas dela deduzido facilmente, segundo o qual **só é admissível juridicamente *tirar a vida de um ser humano* quando imprescindível para *proteger a vida de outro ser humano***, princípio esse que informa assim o

[120] O que corresponde ao tipo penal do art. 125 do CP, mas que, na hipótese de o aborto não ser considerado um crime contra a vida, haveria de ser retirado do capítulo atual e a conduta antijurídica ali prevista ser tratada em outro capítulo do CP.
[121] Inclusive do mesmo sexo (v. nota de rodapé nº 24), que podem incluir filhas(os) no seu planejamento familiar, seja por adoção, seja por técnicas de reprodução assistida ou outros meios (v. tópico 4.2.13).

aborto necessário como a excludente de punibilidade nos casos em que o homicídio é praticado em legítima defesa[122].

Em consequência, **é forçoso concluir que**, dentre as normas do CP sobre aborto, **só uma única não foi recepcionada pela CF** qual seja: **a do art. 128, II**, que dispõe sobre excludente de punibilidade na hipótese de **gravidez resultante de estupro**, na medida em que, de ordinário, a gravidez que resulte de estupro **não tem o condão de, necessariamente e por si só, pôr a vida da mulher em perigo**[123]. Em verdade, essa conclusão até surpreendeu este autor, pois esse dispositivo vigora há mais de 80 anos e, desde seus tempos de estudante de Direito, *habituou-se* a ter *como certa* a ideia de que *a lei brasileira permite o aborto quando a gravidez resulta de estupro*. Porém, jamais se detivera a analisar o tema com a profundidade que esta oportunidade de pesquisa lhe facultou, e se deve ponderar que *ideias sedimentadas* e eventual *longevidade* de norma legal inconstitucional **não contribuem para sua mantença no ordenamento jurídico nacional**. A incoerência sistêmica do inciso II do art. 128 do CP resulta, no plano da validade, de sua **inconstitucionalidade**, à frente da proteção assegurada ao direito à vida do nascituro em caráter de absoluta prioridade, **fulminando-a de nulidade**. Assim, ainda que o STF pudesse modular os efeitos de declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 128 do CP – que haveria de ser proposta! –, é irrelevante o fato de viger por longo período, pois é notório que **a nulidade por inconstitucionalidade não se convalida com o tempo**[124].

Portanto, a partir da principal conclusão segundo a qual a proteção da vida do nascituro tem *status* de cláusula pétrea de superior hierarquia em essência inclusive sobre outras cláusulas pétreas, **a norma do inciso II do art. 128 do CP se revela absolutamente antinômica** e deve, pois, **ser extirpada do ordenamento jurídico brasileiro**, quer pela sua revogação expressa por iniciativa do legislador, quer pela declaração da sua inconstitucionalidade pelo STF. Por mais polêmico que isso possa parecer, **é a conclusão que impõe**, pois, não só garante a coerência do repertório do sistema jurídico brasileiro, mas igualmente se

[122] V. nota de rodapé nº 94.
[123] Muito embora possa acarretar sofrimento psíquico grave e desse sofrimento resultar risco de morte para a mulher, autorizando o aborto necessário, o que será abordado à frente (tópico 4.1.7).
[124] Para os objetivos buscados, bastam essas considerações, mas a inconstitucionalidade é assunto complexo por si só e merece estudo específico quanto à possível e desejável (na verdade, imperiosa) decretação de inconstitucionalidade do CP, art. 128, II, em particular quanto aos seus efeitos.

alinha à proteção da vida do nascituro desde a concepção, salvo na hipótese do aborto necessário, e a todas as demais normas jurídicas que dizem respeito, p.ex., à proteção dos direitos da criança e à maternidade, ademais que hoje há alternativas ao aborto em caso de estupro e não se elimina a possibilidade de aplicar a excludente do aborto necessário, em caso de sofrimento psíquico grave que possa acarretar risco de morte à mulher, como se verá[125].

Acresce que outros princípios constitucionais vêm ao encontro desse entendimento, a saber: o *princípio da pessoalidade da pena*, segundo o qual "nenhuma pena passará da pessoa do condenado", nos termos do inciso XLV do art. 5º da CF[126], e o *princípio da humanidade das penas*, que veda a pena de morte e as penas cruéis, previsto especificamente no inciso XLVII, alínea "e"[127], e também deduzido do inciso III, que veda a submissão de alguém à "tortura" ou a "tratamento desumano ou degradante" e do inciso XLIII, que trata dos "crimes hediondos", neles incluindo a "tortura", todos do art. 5º da CF[128]. Esses princípios se alinham à norma do *caput* do art. 227 da CF, na parte em que *põem a salvo* a *criança*, em qualquer fase do seu desenvolvimento, inclusive enquanto nascituro, de qualquer tipo de *crueldade*, o que é igualmente inferido do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da humanidade das penas, inserto dentre os *direitos e garantias individuais fundamentais*, alia-se ao princípio, também ali arrolado, de proibição de imposição, a quaisquer seres humanos, de tratamentos cruéis ou desumanos, de modo que, em conjunto, podem ser denominados como *princípio constitucional da vedação à crueldade*. Esses e outros temas serão abordados à frente, com os aprofundamentos julgados necessários.

---

[125] Tópicos 4.1.6 e 4.1.7.

[126] CF: "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: [...]; XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; [...]."

[127] CF: "Art. 5º. [...]; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...]."

[128] CF: "Art. 5º. [...]; III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]."

O que importa, neste tópico, é frisar que **os arts. 124 e 126 do CP**, a que se refere a ADPF/442, **seus art. 125 e 127 e o inciso I do seu art. 128 foram integralmente recepcionados pela CF**, não sendo admissível a limitação da sua eficácia, por qualquer motivo que seja. O único dispositivo penal sobre aborto **não recepcionado pela CF é**, como afirmado, o **inciso II do art. 128 do CP**.

CAPÍTULO 4

POLÊMICAS SOBRE A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA DESDE A CONCEPÇÃO

Não é necessário nem recorrer ao capítulo introdutório para se ter em conta as acaloradas polêmicas provocadas pela conclusão segundo a qual, para o Direito brasileiro, a vida do ser humano em desenvolvimento no organismo da mulher começa com a concepção – tenha ela se dado naturalmente ou em laboratório – e é digna de proteção jurídica desde seus momentos iniciais. Em função disso, certamente haverá quem nem passe do resumo do presente estudo – ou o rechaçará já a partir do título – e quem, embora iniciando sua leitura, não chegue até este ponto... Seja como for, não se pode *fazer vistas grossas* às controvérsias que os entendimentos geram, mas enfrentá-las, na medida em que o devam ser e em vista dos objetivos traçados em cada estudo de caráter científico, ainda que em ensaios como este.

Já se disse que não se tem por objetivo debater a existência de vida no embrião obtido por fecundação *in vitro*, antes de implantado no organismo da mulher e mantido em laboratório[129], pois a questão posta em discussão é o **momento a partir do qual a vida do nascituro** como aqui definido – ou seja, **do ser humano que se desenvolve no organismo da mulher** – **deve ser protegida, com base em uma visão sistemática do Direito brasileiro**. Esse, repita-se, é o principal objetivo buscado e, em vista do posicionamento de que, em face do ordenamento jurídico nacional, a vida do ser humano começa na concepção, quatro polêmicas se apresentam como mais acirradas e que dizem respeito: (a) ao **aborto no caso de gravidez resultante de estupro**, previsto no inciso II do art. 128 do CP; (b) ao **aborto ao livre-arbítrio da mulher**, que respeita à ADPF/442 e ao confronto entre o direito à vida do nascituro e os direitos da mulher; (c) ao **aborto em caso de anencefalia**, resultante do acórdão lavrado na ADPF/54, que nega vida ao nascituro com anencefalia e tem sido estendido a outras anomalias graves por tribunais brasileiros,

[129] Tópico 3.1. Lembre-se que, quando referido a técnicas de reprodução assistida, a palavra *embrião* compreende zigoto, pré-embrião, embrião propriamente, e feto, enquanto passíveis, hodierna ou futuramente, de manutenção em laboratório em quaisquer dessas fases, para posterior implantação no organismo da mulher.

e, a mais recente, (d) à **promoção da assistolia cardíaca do nascituro** (ou, simplificando, à assistolia fetal) quando ele tem condições de continuar vivendo após o nascimento, objeto da ADPF/1141 e também relacionado com o pedido formulado na ADPF/989. Passa-se ao seu enfrentamento.

4.1 DIREITOS DO NASCITURO NA GRAVIDEZ RESULTANTE DE ESTUPRO

Antes de tratar dos princípios constitucionais mencionados no final do tópico anterior, pontua-se que a violência sexual, particularmente **o crime de estupro** cometido contra crianças e jovens, não é classificada como crime hediondo (CF, art. 5º, XLIII), mas, certamente **é um dos piores comportamentos humanos**. Até relativamente pouco tempo, era tipo penal que somente poderia ser perpetrado contra a mulher (menina, adolescente, jovem, adulta ou idosa), mas, em boa hora, a definição legal do crime de estupro foi alterada pela Lei nº 12.015, de 2009[130], para acrescentar, além do requisito *conjunção carnal*, a prática de qualquer outro *ato libidinoso* e para admitir também o homem (menino, adolescente, jovem, adulto ou idoso) como vítima e a mulher como agente do crime, de modo que hoje já não importa o sexo, quer da vítima, quer do agente do crime, em nenhum caso. Porém, quando se trata de **vítima mulher** há a *agravante* de que, **do estupro, pode resultar gravidez**. Vem desse fato a **origem da excludente de punibilidade do aborto do inciso II do art. 128 do CP**, que, como é sabido, **consta da sua redação original**, datada de 7 de dezembro de 1940, ou seja, a data de edição do Decreto-lei nº 2.848, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942 (art. 361) e, nesse ponto, não alterada.

4.1.1 Breve histórico sobre o aborto no ordenamento jurídico brasileiro

Em rápida pesquisa nos antecedentes jurídicos brasileiros da descriminalização do crime de aborto, em caso de gravidez oriunda de estupro, **não se localizou disposição similar à do inciso II do art. 128 do CP**, nem **no Código Penal da 1ª República**, promulgado por meio do Decreto nº 847, de 11 de outubro de

[130] Tópico 3.8.

1890[131], e que vigeu até a edição do atual, nem **no Código Criminal do Império**, promulgado pela Lei de 16 de dezembro de 1830[132], que antecedeu o de 1890. Ambos, assim como o atual CP, incluíam o crime de aborto nos respectivos capítulos dos crimes contra a vida. O de 1830 era bastante parcimonioso, ao tratar desse crime. Já o de 1890 traz uma redação que se aproxima do CP, mas não previa, propriamente, excludentes de punibilidade do crime de aborto, como faz o atual. Contudo, se referia: (a) ao "aborto legal", definindo-o como "aborto necessário para salvar a gestante de morte inevitável", mas incluindo-o na descrição de um tipo penal específico, relativo à superveniência da morte da mulher provocada por "imperícia ou negligência" do "médico, ou parteira", quando da sua prática (art. 302; revogado); e (b) à redução da pena aplicada à gestante que voluntariamente provocasse o aborto, quando objetivasse "ocultar desonra própria" (art. 301, parágrafo único; revogado), o que poderia abranger a *desonra* decorrente do fato de ter sido estuprada, ou de ter engravidado, mas não se tratava de uma excludente de punibilidade e, sim, de um tipo penal específico, conhecido por aborto *honoris causa*. Antes da edição do atual CP, houve ainda uma Consolidação das Leis Penais, aprovada por meio do Decreto nº 22.132, de 14 de dezembro de 1932, mas sem alteração da legislação penal sobre o aborto então existente, conforme relata Frediano J. Teodoro (2005), que apresenta uma boa pesquisa histórica sobre o aborto no Brasil, desde as Ordenações Filipinas, inclusive com informações sobre práticas abortivas de tribos indígenas e sobre o tratamento do aborto em alguns projetos de lei de código penal posteriores.

Impende notar, contudo, que nem no Código Criminal de 1830, nem no Código Penal de 1890, ou na Consolidação das Leis Penais de 1932 havia disposição similar à do inciso II do art. 128 do CP atual, excluindo a ilicitude do aborto praticado em caso de gravidez resultante de estupro[133]. Heil, Dalprá e Oliveira (2021) esclarecem que

[131] O crime de aborto era regulado nos arts. 300 a 302 do Código Penal da 1ª República (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 8 nov. 2024).
[132] O crime de aborto era regulado nos arts. 199 e 200 do Código Criminal do Império (Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm; Acesso em: 8 nov. 2024)
[133] Não se descarta que, na vigência do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1890, houvesse outras normas que pudessem ser aplicadas para afastar a penalização da mulher que cometesse aborto para eliminar gravidez resultante de estupro. Vão nessa linha, p.ex., algumas das hipóteses de exclusão do conceito de *criminoso* ("não se julgarão criminosos"), ou de *crimes justificáveis*, previstas respectivamente nos arts. 10 e 14 do Código Criminal de 1830, e nos arts. 27 e 32 do Código Penal de 1890, que talvez pudessem ser aplicadas ao crime de aborto, quando a gravidez tivesse resultado de estupro. Porém, não se encontra, nesses códigos penais, norma semelhante à do inciso II do art. 128 do CP vigente.

“essa modalidade de aborto”, também chamada de *aborto humanitário ou sentimental*, “surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial (1914-1918), tiveram suas mulheres violentadas por invasores” e, “diante da indignação patriota”, daí adveio a permissão do abortamento no caso de estupro “para que essas mulheres não fossem obrigadas a carregar no ventre os filhos de seus agressores” ou, seja, dos *inimigos dos países invadidos* (p. 6528; sem sublinhas no original). No mesmo sentido, relata Teodoro (2005) que a introdução dessa modalidade de aborto no Direito brasileiro – que gerou muitas controvérsias – se espelhou “nas lições proferidas por Manizini, que entendeu ser necessária a legalização do aborto nos específicos casos de estupro, ocorridos aos milhares durante a 1ª Grande Guerra Mundial” (p.130; sem sublinhas no original).

Além dessa *motivação bélica* para a introdução da excludente de punibilidade do aborto na gravidez resultante de estupro, convém achegar-se um pouco mais ao momento da história jurídica do Brasil na qual ela passou a integrar o ordenamento jurídico nacional. A então relatora da ADPF/442, no final do seu *Voto*, aborda a situação da mulher nos idos de 1940, no Brasil, nos seguintes termos:

> A vida digna e aceita como correta, do ponto de vista da moralidade majoritária social da década de 1940, excluía as mulheres da condição de sujeito de direito, seja ele de perfil político-democrático, seja de perfil de autonomia cívica. A ausência de representação política, a condição normativa atribuída, a cidadania de segunda classe à qual estavam categorizadas, permitiram sua fala por meio de representação da família, estrutura hierárquica e fundada no *pater familia*. A maternidade e os cuidados domésticos compunham o projeto de vida da mulher, qualquer escolha fora desse padrão era inaceitável e o estigma social, certeiro. (p.129; sem sublinhas no original)

Pode-se dizer que isso tudo é verdadeiro, porém, se “a maternidade e os cuidados domésticos compunham o projeto de vida da mulher”, *por que a lei penal haveria de descriminalizar o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, uma vez que que, com a gravidez, a mulher se tornava mãe?* **Um motivo é óbvio**: trata-se de uma **gravidez não consentida** e **resultante de execrável violência sexual contra a mulher**, ao qual se soma o fato de vir ao encontro da referência histórica dos inúmeros casos de estupro durante a I Guerra Mundial e de gravidezes deles resultantes.

Porém, **na época da edição do CP, haveria outros motivos** que não teriam em vista, propriamente, a mulher, mas a *estrutura familiar da época*, toda marcada pela cultura patriarcal e extremamente machista de então: (a) o primeiro deles se pode ver fundado na *honra* da família, pois a gravidez não resultante de casamento, talvez *até mais* que a ocorrência de estupro, *enlamearia* todo o clã familiar (mesmo a gravidez consentida, no caso de mulher solteira, tinha esse *nefasto poder*); e (b) o segundo parece ter a ver com questões jurídicas relacionadas à filiação legítima, porquanto, na época vigia o Código Civil de 1916[134], que, por presunção legal, considerava que os filhos da mulher casada, nascidos na constância do casamento, eram filhos legítimos do marido (arts. 337 a 351; revogados). Já os filhos tidos por ilegítimos eram relegados a último plano, embora pudessem ser legitimados (arts. 352 a 354; revogados) e reconhecidos (arts. 355 a 367; revogados), vedado, porém, o reconhecimento da filiação no caso de filhos incestuosos e adulterinos (art. 358; revogado). Como anota Mafalda Lucchese (2013):

> O Direito antigo era essencialmente severo e conservador quanto à necessidade da preservação do núcleo familiar, prevalecendo os interesses da instituição do matrimônio em detrimento dos filhos, colocando estes numa situação marginalizada, se nascidos fora do casamento; a única filiação que a lei tomava conhecimento real era a ocorrida no seio do casamento. Puniam-se os frutos dos relacionamentos havidos por pessoas não ligadas pelo matrimônio, por adúlteros (na época era considerado crime) ou em relações incestuosas. Em decorrência da visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação, puniam-se aqueles que culpa alguma tinham de terem sido gerados fora das normas legais e dos princípios morais vigentes na época. (Lucchese, 2013, p. 232; sem sublinhas no original)

O marido podia contestar a legitimidade do filho da sua esposa, mas tratava-se de ação judicial com prazo decadencial limitado (art. 178, § 3º e § 4º, I; revogado) e cercada de restrições, como, p.ex., a incidência de hipóteses legais do seu cabimento (art. 340; revogado)[135]. Além disso, salvo no caso de gestação resultante de estupro cometido por um familiar da mulher e que fosse considerado como incesto, ou se o estupro fosse tido como uma relação adulterina (art. 364; revogado), a criança nascida dessa gestação poderia ser considerada filha(o) natural da mulher e obter o

[134] Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071impressao.htm. Acesso em: 8 nov. 2024.

[135] A partir da CF e do advento e facilitação dos testes de paternidade por meio de DNA, começou a haver mudança nesse entendimento (Lucchese, 2013). Com o CC vigente, a ação para contestar a paternidade do marido, em relação aos filhos nascidos na constância do casamento, passou a ser imprescritível (art. 1.601).

reconhecimento da filiação – inclusive por meio de decisão judicial promovida por aquela(e), em ação de investigação maternidade (ou paternidade) contra a presumida mãe (ou pai) ou seus herdeiros (arts. 363; revogado)[136]. Tendo a filiação reconhecida, passaria a gozar dos direitos inerentes a essa condição – como os decorrentes de sucessão hereditária da sua mãe e de parentes na linha materna que falecessem posteriormente a ela, se deles fosse herdeira, e se apropriaria do quinhão do patrimônio da família que lhe fosse devido, de acordo com as regras então vigentes (art. 1.605; revogado) – ainda que a sentença de reconhecimento da filiação pudesse "ordenar que o filho" fosse "criado e educado fora da companhia daquele dos pais, que negou esta qualidade" (art. 366, revogado).

Dessa feita, a inclusão, em 1940, da hipótese de não criminalização do aborto no caso de gravidez resultante de estupro talvez encontrasse entre suas razões fundantes as questões relacionadas à legitimidade da filiação e, consequentemente, à sucessão hereditária – leia-se *preservação do patrimônio familiar em mãos dos filhos legítimos* – e, quem sabe, essa motivação tivesse até mais importância do que a própria violência praticada contra a mulher, que, como bem observou a então relatora da ADPF/442, era *excluída da condição de sujeito de direito*. De mais a mais, não havia, na época e até pouco tempo, *solução que acomodasse*, com respaldo nas normas jurídicas então vigentes, a situação de filha(o) nascida(o) de gestação decorrente de estupro e, ao mesmo tempo, se alinhasse à estrutura familiar/patrimonial de então[137].

Um outro fator, também relacionado de alguma forma à prevenção da ocorrência de filiação ilegítima, pode ser encontrado na circunstância de que, na redação original do CP, o estupro era considerado *crime próprio* ou *especial*, pois a definição do art. 213 consistia em "constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça", que equivale aos tipos penais correspondentes do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1890. Ou seja, praticamente em toda a história jurídica do Brasil e até bem pouco tempo, no curso dessa história[138], a *vítima* do crime de estupro necessariamente deveria ser uma *mulher* e seu agente, necessariamente um *homem* (ou mais de um). Além disso, o crime de estupro somente se configuraria

[136] Disposição similar consta do art. 1.616 do CC vigente.
[137] Hoje, porém, existe, como se verá (tópico 4.1.6).
[138] Mais precisamente, até a edição da Lei nº 12.015, de 2009.

se o homem, mediante violência ou grave ameaça, praticasse *conjunção carnal*, ou seja, consumasse o coito vaginal, com a introdução, completa ou incompleta, do seu pênis na vagina da mulher. Se houvesse violência sexual de qualquer outra espécie – mesmo mais degradante, violenta ou cruel – sem que se verificasse a conjunção carnal, não se perfaria o crime de estupro, mas outro crime qualquer contra a liberdade ou dignidade sexual então previsto no CP, cujas penas eram inferiores[139]. Pode-se perceber que a legislação primava por prevenir a ocorrência do crime de estupro, também em razão da violência cometida contra a mulher, mas, quiçá, **visando mais a evitar que, nas famílias, houvesse a introdução da prole de outros homens**, que não os maridos, **ou da prole *ilegítima* da mulher solteira**.

Todavia, **tão ou mais importante** é ter em conta que, quando da edição do CP, vigia a Constituição Federal de 1937. Fruto do regime autoritário então instalado no Brasil, ela garantia, "aos brasileiros e estrangeiros residentes no País", o "direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade" (art. 122, *caput*; revogado), mas **não o direito à vida**, ao menos **não expressamente**. Para mais, embora não admitisse "penas corpóreas perpétuas", **a Constituição de 1937 previa a pena de morte**, a qual seria aplicada, afora casos de guerra e em outras hipóteses, na de crime de "homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade" (art. 122, nº 13, letra "j"; revogado). Conforme anota Francisco I. F. Rocha (2019), a edição da Constituição de 1937 foi um "evidente retrocesso na proteção dos direitos individuais, especialmente, no que se refere aos elementos constitucionais relacionados com a proteção da segurança individual e, por consequência, da proteção da própria vida humana", tendo-se em conta, ainda, que os direitos individuais "deveriam ser compreendidos, sempre, como limitados e relativizados quando opostos a interesses públicos" (p. 138; sem sublinhas no original)[140].

---

[139] A redação original do CP previa, no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, além do crime de estupro (art. 213; "pena – reclusão, de três a oito anos"), os crimes de "atentado violento ao pudor" (art. 214; "pena – reclusão de dois a sete anos"), "posse sexual mediante fraude" de "mulher honesta" (art. 215; "pena – reclusão, de um a três anos"; se cometido "contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos", pena: reclusão de dois a seis anos) e "atentado ao pudor mediante fraude" contra "mulher honesta" (art. 216; "pena – reclusão, de um a dois anos; se cometido contra "menor de dezoito e maior de quatorze anos: pena – reclusão, de dois a quatro anos"). Ademais, o CP previa outros crimes envolvendo atos sexuais ou libidinosos, como de "sedução" (art. 217) e "corrupção de menores" (art. 218), "rapto violento ou mediante fraude" (art. 219) *etc*. A redação original do CP pode ser vista em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em: 8 nov. 2024).

[140] O direito à vida e a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra, foram restabelecidos pela Constituição Federal de 1946 e mantidos nas subsequentes (Rocha, 2019).

O CP vigente foi editado nessa ambiência jurídica, por meio de **decreto-lei** do então Presidente da República, e **nele passou a constar a excludente de punibilidade do inciso II do art. 128**. Daí se pode perceber que a não criminalização do aborto em caso de gravidez resultante de estupro é não só uma medida que visou a proteger *a honra da família brasileira*, ou *a mulher* – ainda que esta não tivesse a *condição de sujeito de direitos*. Essa excludente, em verdade, parece ser **fruto de todo o arcabouço jurídico formado pelas normas vigentes em 1940**, momento da história jurídica do Brasil em que **a Constituição Federal em vigor (de 1937) não garantia o direito à vida** a brasileiros e estrangeiros, e até **admitia a pena de morte, mesmo em tempos de paz**, e também reflexo de entendimentos forâneos construídos a partir do fato inconteste de crimes de estupro que foram cometidos *aos milhares* durante a I Guerra Mundial e dos quais muitos resultaram em gravidezes, *espúrias* não só pela violência contra a mulher, mas igualmente porque promovida por *invasores ou inimigos da Pátria*[141].

Assim sendo, a disposição do **inciso II do art. 128 do CP** pode-se dizer *fruto do espírito belicoso* de então e **era coerente sistema jurídico brasileiro vigente à época de sua edição (1940)**, que **não garantia o direito à vida**. Porém, a sociedade brasileira evoluiu e **o Direito brasileiro se aperfeiçoou na diminuição do *quantum* despótico do Estado**, principalmente quanto à **proteção dos direitos e garantias individuais**, e hoje, como aqui entendido, alberga a noção de que a vida do nascituro começa com a concepção, de modo que essa excludente de punibilidade do aborto **se revela incoerente com sistema jurídico brasileiro hodierno**, configurando uma **antinomia** que há de ser extirpada do ordenamento jurídico nacional. Como asseveram Gonzaga e Silva (2019), "a aplicação do artigo 128, inciso II, do Código Penal, é desarrazoada após o advento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e da Constituição Federal de 1988, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente" (p. 17273; sem sublinhas no original), nos termos das normas constitucionais, legais e convencionais em que essas

[141] O estupro e outros atos de violência sexual, infelizmente, é uma das terríveis consequências nada incomum das guerras, que atinge principalmente mulheres. Porém, também são perpetrados contra homens, inclusive prisioneiros de guerra (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60495306. Acesso em: 8 nov. 2024), que, em tese, são protegidos pelo Tratado de Genebra, de 1949, assim como devem ser as mulheres feitas prisioneiras.

articulistas se baseiam, as quais também fundamentam as conclusões até este ponto obtidas, além de outras já trazidas e que serão abordadas na sequência.

4.1.2 Princípio da humanidade das penas em relação a condenados por crime de estupro

A antinomia da excludente de punibilidade do inciso II do art. 128 do CP também decorre da sua oposição aos princípios constitucionais antes mencionados, que cabe agora abordar, a começar pelo *princípio da humanidade das penas*. Esse princípio é objeto do estudo de Márcia de Freitas Oliveira (2014), no qual a autora afirma que "a proibição da adoção de penas cruéis em nosso ordenamento jurídico" se faz "em razão do reconhecimento da dignidade humana como um dos fundamentos do Estado" e que, "por penas cruéis, entende-se aquela pena que viola a dignidade da pessoa, causando sofrimento além do inerente à pena aplicada", e não se restringem aos "tratamentos cruéis", abrangendo "outros tipos de pena, como as penas privativas de liberdade de longa duração", que retiram "a esperança de liberdade da pessoa, causando intenso sofrimento psíquico" (Oliveira, 2014, p. 211; sem sublinhas no original).

Sem dúvida, o agente do crime de estupro (o estuprador) deve ser punido nos termos da lei penal, porém, na persecução penal igualmente devem ser observados todos os princípios constitucionais aplicáveis[142], dentre os quais o ora enfocado. Contudo, a despeito da abominável violência contra a mulher, se do estupro decorrer gestação, **o agente do crime ou estuprador, salvo prova em contrário, é pai biológico do nascituro**[143]. Isso é um *fato* e atualmente não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma legal que exclua, quer seus direitos, quer seus deveres decorrentes da paternidade a que o estupro der origem[144].

---

[142] Tais como o do devido processo legal e o da ampla defesa (CF art. 5º, inciso LIV e LV) e tantos outros albergados pelas normas constitucionais brasileiras.

[143] A respeito da determinação do perfil genético do acusado de crime de estupro e do nascituro, v. tópico 4.1.8.

[144] O tema da paternidade do estuprador é polêmico por si só, mas foge aos objetivos do presente estudo, que se fixará apenas no *fato* de que, salvo prova em contrário, o estuprador é pai biológico da criança concebida durante o estupro, sem, porém, avaliar se a paternidade lhe *deve, ou não ser* atribuída pela lei. Noticia-se, porém, que há PLs em trâmite no Congresso Nacional e que visam a regular o assunto, com soluções antagônicas: o PL nº 478/2007 (com diversos outros apensos), que prevê o dever de o estuprador reconhecer a paternidade do filho concebido com o estupro e, consequentemente, arcar com os deveres decorrentes da filiação (Disponível em: https://www.camara.

É possível e até bem provável que o **estuprador dê *pouca ou nenhuma importância* a essa circunstância e a notícia do aborto** da(o) sua(seu) filha(o) concebida(o) durante o estupro seja por ele **recebida até com *grande alívio***. Porém, talvez nem sempre seja assim... Em verdade, há poucos estudos a respeito do perfil psicológico do estuprador, ou, em geral, do agressor sexual, especialmente no Brasil, como anotam Antônio de Pádua Serafim *et alii* (2009) e, mais recentemente, Álice Lira-Cardoso *et alii* (2020). Nada obstante, os primeiros autores informam que, segundo pesquisa realizada nos Estados Unidos da América (EUA), os "criminosos sexuais são indivíduos que podem pertencer a qualquer classe socioeconômica, raça, grupo étnico ou religião", sendo que "a grande maioria não tem comportamento criminal específico" e "apenas 4% sofrem de doença mental severa" (Serafim *et al.*, 2009, p. 106; sem sublinhas no original). A exceção parece caber no caso de *molestadores de crianças*, nos quais se percebe um "importante aspecto", que é a presença de *psicopatia*, abrangendo "histórico de violência gratuita, com atos extremos de violência, como sadismo, crueldade e brutalidade", transtorno esse que se caracteriza por "insensibilidade afetiva, diminuição da capacidade empática e elevado comportamento antissocial" (Serafim *et al.*, 2009, p. 108–109).

Assim, excluídas as hipóteses de transtornos mentais como a psicopatia e outros, o estuprador pode ser um homem *comum dotado de sentimentos*, como popularmente se diz. Ele pode desenvolver *sentimentos de pai* em relação ao nascituro gerado a partir do estupro (como biologicamente o é, de fato) e entrar em *sofrimento psíquico*, diante do *aborto do seu filho*, ou da sua mera expectativa, causando-lhe *sofrimento além do inerente à pena*, mesmo antes de sua condenação. Isso pode ser especialmente verdadeiro se o estupro é praticado por homem que mantém ou mantinha relacionamento afetivo com a mulher, estável ou não, ou que lhe devota *paixão*, ainda que *doentia*. Apesar da total incongruência da violência sexual contra a mulher em qualquer hipótese, mas principalmente nessas em que há ou houve relacionamento afetivo, situações da espécie não são incomuns[145] e o homem,

leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=345103) e o PL nº 5789/2016, que propugna pela perda do poder familiar do pai de criança gerada em decorrência de estupro (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2091344). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024). De todo modo, nenhuma norma jurídica pode eliminar o fato da paternidade biológica do estuprador.

[145] Infelizmente, não são raros os casos de mulheres estupradas por homens com quem se relacionaram afetivamente, como, p.ex., namorados e ex-namorados. Notícias dessa natureza podem ser encontrados em *sites* como o do portal G1 (Disponível em: https://g1.globo.com/sp/santos-

agente do crime de estupro, pode *sentir-se pai* da(o) filha(o) concebida(o) durante o estupro, de forma que não se pode excluir a possibilidade de ele entrar em sofrimento psíquico intenso diante da notícia do aborto.

Claro que poderá haver quem diga que os possíveis *sentimentos paternos* do estuprador nada mais são do que *tentativas do homem*, criado sob influência *machista* e *patriarcal*, de *manter o domínio sobre sua vítima mulher*, através da(o) filha(o) nela concebido com o estupro. E também poderá haver até quem sustente que *todo e qualquer sofrimento experimentado pelo estuprador é pouco*, frente àquele sofrido pela mulher com a violência sexual contra ela perpetrada – especialmente se a vítima é uma menina, ou adolescente –, e alimentar *desejo de vingança* com aplicação de penas cruéis. Porém, **nenhum desses raciocínios afasta o vigente princípio constitucional da humanidade das penas**, nem, tampouco, os demais direitos e garantias individuais previstos na CF – diga-se de passagem, aplicáveis qualquer que seja o crime cometido, inclusive os classificados como hediondos –, que devem presidir todo o processo penal, da investigação e denúncia à execução da pena. Daí porque, além da pena prevista no CP – que, aliás, deve ser fixada em consonância com os critérios legais aplicáveis em cada caso –, o sistema jurídico nacional não se compadece com o impingir *acréscimo de sofrimento psíquico* ao agente do crime de estupro que possa, ainda que apenas teórica e eventualmente, resultar da notícia do aborto da(o) filha(o) gerado durante o estupro.

4.1.3 Do princípio da humanidade das penas ao princípio da vedação à crueldade

No princípio da humanidade das penas – cujo destinatário é, de ordinário, o condenado em ação penal –, se entrevê um princípio de cunho mais geral, que é o da **vedação de crueldade**, expresso na proibição de tortura e de tratamentos

regiao/noticia/2023/03/01/homem-acusado-de-estuprar-ex-namorada-e-preso-no-litoral-de-sp.ghtml) e o do jornal Estado de Minas (Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2023/10/16/interna_gerais,1576974/jovem-em-bh-acusa-ex-de-estupra-la-bebada-ele-nao-parou-quando-pedi.shtml), e mesmo em páginas de órgãos públicos, como do Ministério Público de Minas Gerais (Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/denunciado-pelo-mpmg-homem-e-condenado-por-estupro-de-ex-namorada-em-itabira-8A9480678848BF5201899DCAFAAF39A4-00.shtml) e de Santa Catarina (Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/noticias/homem-que-sequestrou-agrediu-e-estuprou-namorada-de-15-anos-e-condenado-em-araranguа). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

desumanos ou degradantes (CF, art. 5º, III) e na classificação da tortura como crime hediondo (CF, art. 5º, XLIII).

Vale atentar que, no Brasil, a proibição de dispensar tratamentos cruéis não se restringe ao ser humano, mas alcança os animais ou os *animais não humanos*, como preferem Juliana V. Palar, Nina T. D. Rodrigues e Waleska M. Cardoso (2017), que falam em *ética* e *direito animalista*. Isso em razão de o art. 225 da CF – que versa sobre o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida" e impõe "ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" (*caput*) – vedar, "na forma da lei, as práticas que [...] submetam os animais a crueldade" (inciso VII do § 1º). Assim, percebe-se, sem dificuldade, que o alcance do princípio da vedação de crueldade, na CF, é bastante amplo.

No que tange ao presente estudo e propriamente ao ser humano, para mais da vedação de penas cruéis, inserida dentre os direitos e garantias individuais, há **outro dispositivo constitucional que se refere à *crueldade* contra o ser humano**, mas, nesse caso, **dirigido *à criança* inclusive enquanto nascituro**, nos termos do entendimento manifestado. Trata-se do multicitado *caput* do art. 227 da CF, que estatui que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, [...], com absoluta prioridade, o direito à vida [...]" e, na sua parte final, acrescenta: "além de colocá-los a salvo de toda forma de [...] violência, crueldade" *etc*.

A redação adotada pelo legislador constituinte nessa norma constitucional pode dar a entender que a expressão *absoluta prioridade* diz respeito apenas aos direitos que arrola, dentre os quais o *direito à vida* e não abrangeria a parte final do dispositivo, que trata de *pôr a salvo* a criança/nascituro de *toda forma de crueldade etc*., na medida em que estariam em sentenças distintas. Porém, essa parte é precedida da locução adverbial *além de*, que tem clara função de *inclusão*, donde a leitura da norma há de ser compreensiva, ou seja, no sentido de que é *dever da família, da sociedade e do Estado* assegurar à *criança*, abarcado o *nascituro*, o direito à vida e demais direitos arrolados no *caput* do art. 227 da CF *com absoluta prioridade* e, **também com absoluta prioridade, é seu dever de pô-los a salvo de toda e qualquer forma de crueldade**.

Desponta da CF, portanto, uma **proibição geral de crueldade**, que alcança de animais *não humanos* até seres humanos e, dentre estes, **quaisquer seres**

humanos, brasileiros ou estrangeiros – incluídos os condenados em ação penal –, **sem distinção da fase de desenvolvimento humano em que se encontrem, abrangendo-os, pois, da concepção à morte**. Quando voltada aos seres humanos, essa proibição parece ter nítida inspiração no *princípio da dignidade da pessoa humana* e se pode afirmar, sem muita contradita, que é desse princípio que naturalmente emana o **princípio da vedação à crueldade**, não se descurando que, quando voltado a **pôr crianças e nascituros a salvo de toda forma de crueldade** (e violência *etc*.), se configura como cláusula pétrea que goza de hierarquia superior em essência mesmo a outras normas da CF, pois munida do caráter de "absoluta prioridade".

4.1.4 Princípio da vedação à crueldade do aborto em relação ao nascituro e à mulher

No caso do crime de estupro e do aborto no caso de gravidez dele decorrente, portanto, o *princípio constitucional da vedação à crueldade* tem outros destinatários, ademais do agente do crime: o *nascituro* e a *própria mulher*. Sem deslembrar que pode ser necessário para salvar a vida da gestante, **o aborto é um ato cruel**, quer queiram, quer não queiram reconhecer aquelas e aqueles que o defendem. Para se inteirar disso, basta ter contato com trabalhos a respeito dos métodos utilizados em abortamentos, como os produzidos por Frances E. Casey (2023a, 2023b), ou o *Clinical Practice Handbook for Quality Abortion Care*, publicado pela OMS (2023b), que tratam dos *métodos cirúrgicos*. Deste, se extraem as seguintes linhas:

> A aspiração a vácuo envolve a evacuação do conteúdo do útero através de uma cânula de plástico ou metal, ligada a uma fonte de vácuo. A aspiração a vácuo elétrica (AVE) emprega uma bomba elétrica de vácuo. Com a aspiração a vácuo manual (AVM), o vácuo é criado usando um aspirador portátil de plástico de 60 ml, ativado manualmente (também chamado de seringa). Os aspiradores AVM acomodam cânulas de 4-12 mm. O tubo de sucção para AVE pode ser usado com cânulas de até 16 mm de diâmetro, permitindo que a aspiração a vácuo seja usada até 15-16 semanas de gestação, ou para casos de cuidados pós-aborto que apresentem colo do útero dilatado, onde cânulas de tamanho maior são necessárias para um vácuo eficaz.
> A dilatação e evacuação (D&E) é a técnica cirúrgica para o aborto após 12-14 semanas de gravidez, onde estão disponíveis profissionais qualificados e experientes. A D&E requer a preparação do colo do útero usando dilatadores osmóticos e/ou agentes farmacológicos, e a evacuação do útero principalmente com um fórceps, e usando aspiração

> a vácuo ([...]) para remover qualquer sangue ou tecido remanescente. (OMS, 2023b, p. 55; livre trad.; sem sublinhas no original)[146]

A OMS (2023b) admite, ainda, a curetagem por meio de curetas rígidas (normalmente de aço) para o abortamento cirúrgico, mas apenas quando não disponíveis AVM ou AVE. Essas técnicas de esvaziamento uterino, como são em conjunto denominadas, inclusive por Casey (2023a) – que utiliza a nomenclatura *aspiração manual intrauterina* (Amiu) para designar a AVM –, são por ela são descritas um pouco mais detalhadamente:

> Tipicamente em < 14 semanas, dilatação e curetagem por sucção (D&C) são utilizadas, geralmente com cânulas de sucção de grande diâmetro inseridas no útero.
> Em < 9 semanas, aspiração manual intrauterina (AMIU) pode ser utilizada. Dispositivos de AMIU são portáteis, não necessitam de uma fonte elétrica e são mais silenciosos do que os dispositivos de aspiração elétrica a vácuo (AVE). AMIU também pode ser utilizada para controlar o aborto espontâneo durante a gestação precoce. Após 9 semanas, AVE é utilizada; ela envolve a conexão de uma cânula a uma fonte elétrica a vácuo.
> Com 14 a 24 semanas, geralmente utiliza-se dilatação e esvaziamento (D&E). Fórceps são utilizados para desmembrar e remover o feto, e uma cânula de sucção é utilizada para aspirar o líquido amniótico, placenta e fragmentos do feto. D&E requer mais habilidade e exige mais treinamento do que os outros métodos de esvaziamento instrumental.
> Com frequência utilizam-se dilatadores cervicais mecânicos progressivamente mais largos para dilatar a colo do útero antes do procedimento. Mas dependendo da idade gestacional e paridade, em vez disso os médicos podem precisar utilizar outro tipo de dilatador ou além de dilatadores afunilados, para minimizar os danos cervicais que os dilatadores afunilados podem causar. As opções incluem
> - O análogo da prostaglandina E1 (misoprostol)
> - Dilatadores osmóticos como laminaria (hastes de algas secas)
>
> **Misoprostol** dilata o colo do útero estimulando a liberação de prostaglandina. Misoprostol é geralmente administrado por via vaginal ou bucal 2 a 4 horas antes do procedimento.
> **Dilatadores osmóticos** podem ser inseridos no colo do útero e mantidos por 4 horas ≥ (muitas vezes durante a noite se a gestação é > 18 semanas).

[146] Original: *Vacuum aspiration involves evacuation of the contents of the uterus through a plastic or metal cannula, attached to a vacuum source. Electric vacuum aspiration (EVA) employs an electric vacuum pump. With manual vacuum aspiration (MVA), the vacuum is created using a hand-held, hand-activated, plastic 60 ml aspirator (also called a syringe). MVA aspirators accommodate 4–12 mm cannulae. Suction tubing for EVA can be used with cannulae up to 16 mm in diameter, permitting vacuum aspiration to be used up to 15–16 weeks of gestation or for post-abortion care cases presenting with dilated cervix where larger size cannulae are required for effective vacuum. Dilatation and evacuation (D&E) is the surgical technique for abortion after 12–14 weeks of pregnancy, where skilled, experienced practitioners are available. D&E requires preparation of the cervix using osmotic dilators and/or pharmacological agents, and evacuating the uterus primarily with forceps, and using vacuum aspiration (refer to entry in this list) to remove any remaining blood or tissue.*

> Dilatadores osmóticos são geralmente utilizados em > 16 a 18 semanas. (Casey, 2023a, não p; grifos do original; sem sublinhas no original)

O manual "Atenção humanizada ao abortamento" do MS (Brasil, 2011b) refere o emprego do Amiu (ou AVM) e AVE, mas não menciona, ao menos expressamente, a D&E, como uma técnica específica, e descreve os procedimentos para a curetagem nos seguintes termos:

> Estando o colo uterino aberto, ou dilatado previamente pelos dilatadores de Deninston ou velas de Hegar, introduz-se a cureta e promove-se uma raspagem da cavidade uterina, extraindo-se o material desprendido pelo instrumental. Por ter diâmetro variável e ser de material rígido (aço) pode provocar acidentes, tal como perfuração do útero. Por ser de utilização mais antiga, ainda é muito usada no Brasil. Nos casos do colo uterino estar fechado ou pouco dilatado, pode-se promover sua abertura por meio da dilatação cervical, embora esse procedimento não esteja isento de riscos. Nas gestações superiores a 12 semanas deve-se promover a indução farmacológica com misoprostol. Então, após a expulsão fetal, faz-se a curetagem uterina. (Brasil, 2011b, p. 38; sem sublinhas no original)

É impossível não se aperceber, em especial, da crueldade inerente à curetagem e à D&E, esta admitida pela OMS (2023b) para nascituros com IG acima de 14 semanas, que exige maior dilatação do colo do útero, pois demanda o uso de fórceps para *desmembrar* o nascituro e removê-lo do organismo feminino. De mais a mais, percebe-se a crueldade de quaisquer dos métodos cirúrgicos em relação à própria mulher, pois, malgrado possa ser sedada, há necessidade de promover dilatação cervical, às vezes com horas de antecedência, e também implica maiores riscos (como, no caso da D&E, dano cervical, perfuração do útero *etc*.). Talvez por isso, o manual brasileiro indique, nos abortos a partir da 12ª semana, a *indução farmacológica* (Brasil, 2011b) e Casey (2023a) refere que a D&E é *mais comum* em abortos com IG entre 14 e 24 semanas, deduzindo-se que, depois disso, o método medicamentoso seria o mais indicado, além do que, entrando nos últimas semanas do segundo trimestre de gravidez (por volta da 22ª semana de IG), já há grande possibilidade de um nascimento com vida[147].

Claro que os métodos cirúrgicos não são os únicos empregados em abortamento[148] e foi referido o método *medicamentoso* ou *farmacológico* de

[147] Tópicos 4.1.6.2 e 4.4.

[148] Soares (2019) descreve outras técnicas abortivas, mencionando inclusive algumas causas indiretas do aborto, e, como é sabido, as próprias gestantes e as(os) *aborteiras(os)* ou *fazedoras(es) de anjos*

abortamento, ou seja, mediante o uso de certos fármacos que provocam a expulsão do nascituro do organismo da mulher, como o misoprostol, isoladamente ou em conjunto com a mifepristona ou o letrozol, e a ocitocina, e que podem ser aplicados em qualquer IG (Brasil, 2011b; OMS, 2023b). Os métodos medicamentosos **parecem *menos* cruéis** e, dependendo da idade gestacional e outras condições – incluídas as normas locais sobre aborto[149] –, a mulher pode autoadministrar os medicamentos em sua própria casa, com monitoramento da equipe médica que a atende. Porém, é importante anotar que são utilizados fármacos que estimulam as contrações uterinas (Casey, 2023b) e o misoprostol e a ocitocina, recomendados pelo MS para o aborto farmacológico (Brasil, 2011b), são os mesmos medicamentos empregados para a **indução do trabalho de parto visando à preservação da vida, quer da mulher, quer do feto**, como se vê no "Manual de gestação de alto risco" do MS (Brasil, 2022d). Ou seja, **o aborto medicamentoso força o parto do nascituro** e **não é isento de efeitos colaterais ou complicações para a mulher**, que podem consistir em dores intensas persistentes e sangramentos prolongados ou intensos, febre e calafrios, náuseas, vômito e diarreia e até infecção pélvica, além do que, pode não ocorrer a correta indução do parto e ser necessário recorrer aos métodos cirúrgicos, inclusive à cesárea (Brasil, 2011b; Casey, 2023a, 2023b; OMS, 2023b)[150].

A aludida Nota Técnica Conjunta nº 37/2023/SAPS/SAES/MS, apresentada na ADPF/989, também acena para alguns riscos do abortamento medicamentoso autoadministrado pela mulher, com atendimento por telemedicina, que, segundo informações ali disponíveis, seriam de ocorrência muito baixa. Importa, porém, anotá-los: "risco de aborto incompleto" (5 mulheres a cada 100 mil abortos); "risco de

utilizam produtos naturais (como ervas, raízes *etc*.) que podem provocar o aborto, ou fazem procedimentos de alto risco para a mulher, como as punções com "o emprego de objetos longos e pontiagudos, como pinças, agulhas de tricô, fios de arame, hastes de madeira *etc*." (não p.). Do mesmo modo, Baldan (2020) relaciona diversas dessas técnicas e substâncias abortivas e é sabido que muitos medicamentos são vedados a mulheres grávidas, salvo orientação médica específica, pois podem provocar o aborto como *efeito colateral*, mas podem ser utilizados pelas mulheres justamente como incitadores do aborto. Porém, as considerações, aqui, se restringem aos métodos cirúrgicos e medicamentoso aceitos pela OMS e pela norma técnica brasileira.

[149] Não só quanto aos requisitos a serem cumpridos para o aborto quando legalmente admitido, que variam conforme o País onde realizado, como também à persecução penal dos agentes de crime de estupro, quando esse é o seu fundamento jurídico (tópico 4.1.8).

[150] Além das hipóteses de aborto legal, os métodos medicamentosos podem ser utilizados para os casos de *morte fetal intrauterina*, quando ocorre a morte não induzida do nascituro, mas não há a expulsão do natimorto, de *aborto retido*, em que, apesar de ter havido o início da gestação, o embrião/feto para de se desenvolver e o saco amniótico permanece vazio, e em hipóteses de aborto necessário, ou seja, para salvar a vida da mulher, exceto no caso de gravidez ectópica, em que o método medicamentoso não deve ser empregado (OMS, 2023b).

sangramento excessivo” (40 mulheres a cada 100 mil abortos); “risco de ruptura uterina” (raríssimo, no primeiro trimestre de gravidez); e “risco de morte” (0,7 mulheres a cada 100 mil abortos; esse risco aumenta “exponencialmente em 38% a cada semana de idade gestacional”). Salvo quanto à informação de aumento de risco de morte, os demais números informados nessa Nota Técnica Conjunta parecem respeitar ao “aborto até a 12ª semana de gravidez” que, “para a OMS”, “pode ser autoadministrado pela mulher e a oferta de telemedicina para o aborto induzido é seguro, eficaz e pode ser ofertado nesse período gestacional” (2 Análise, Sobre procedimentos técnicos – Telemedicina).

A propósito da seleção das “técnicas de esvaziamento uterino”, o manual “Atenção humanizada ao abortamento” (Brasil, 2011b, p. 33) esclarece que:

> Durante o primeiro trimestre da gravidez consideram-se métodos aceitáveis a aspiração intrauterina (manual ou elétrica), o abortamento farmacológico e a curetagem uterina. A ordem de escolha para os diferentes métodos depende das condições de cada serviço e da preferência da mulher, além da necessária avaliação do risco-benefício de cada procedimento.
> Deve-se adotar critérios que considerem e respeitem:
> 1) a disponibilidade de métodos em cada serviço de saúde;
> 2) a capacitação, habilidade e rotinas dos serviços de saúde para cada método;
> 3) as condições clínicas, sociais e psicológicas da mulher.
> No segundo trimestre, o abortamento farmacológico constitui método de eleição, podendo ser complementado, após a expulsão fetal, com curetagem ou aspiração uterina, segundo as condições clínicas da mulher. A interrupção da gravidez por meio de microcirurgia ou microcesariana deve ser reservada para condições excepcionais. (Brasil, 2011b, p. 33–34; sem sublinhas no original)

Com quaisquer dos métodos de abortamento previstos na literatura para profissionais de saúde, porém, **estar-se-á provocando a morte do pré-embrião, do embrião, ou do feto**. Em termos jurídicos, implica **crime contra a vida do nascituro** (nomeado como feticídio, se na fase fetal do seu desenvolvimento), que, no **CP, é tipificado como *aborto*** e **punido como crime**, salvo na incidência de hipótese de exclusão de punibilidade.

Um dos argumentos que visam a afastar os aspectos cruéis do aborto induzido consiste na conclusão a que chegam algumas pesquisas científicas de que o feto não sentiria dor (e tampouco o embrião ou o pré-embrião). Esse argumento é utilizado na Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, referida no tópico introdutório,

quando trata da desnecessidade de sedação ou analgesia do nascituro, por ocasião do abortamento induzido, nos seguintes termos:

> 3.11. Note-se que a OMS recomenda e orienta a utilização de técnicas e medicamentos que garantam o direito ao aborto previsto na lei, sem limites de tempo gestacional. Entre as técnicas recomendadas tem-se a indução de assistolia fetal, que prescinde de anestesia conforme a edição mais recente do manual clínico da OMS sobre cuidados em aborto.
> 3.12. As revisões mais atuais da literatura no tema corroboram a desnecessidade de anestesia fetal para procedimentos de aborto, tampouco para procedimentos obstétricos (como o parto instrumental) ou para o nascimento (apesar de ser provável a lesão tecidual durante esses processos). Isso porque a capacidade de perceber sensações dolorosas e emoções depende de uma série de fatores: (i) da transmissão do estímulo por fibras nervosas até o tálamo e do tálamo até o córtex cerebral; (ii) do processo de maturação do córtex cerebral; (iii) de funções maiores do córtex cerebral de cognição e autoconsciência; (iv) de experiências pessoais influenciadas por fatores psicológicos e sociais.
> 3.13. Vale destacar que as fibras talamocorticais e o córtex cerebral começam a desenvolver-se a partir de 24 semanas de gravidez. Mesmo depois de mais de quatro semanas de maturação cortical, evidências científicas obtidas por meio de eletroencefalografias de recém-nascidos de 29-30 semanas não demonstram a percepção dolorosa nesse tempo gestacional.
> 3.14. Além disso, teorias provenientes de estudos com animais sugerem a possibilidade de um estado intrauterino permanente de inconsciência, sobretudo pela presença de substâncias químicas como a adenosina, que suprime a ativação cortical maior na presença de um estímulo externo. Isso significa que, até o nascimento, quando ocorre a separação do recém-nascido do ambiente uterino, o feto muito provavelmente não é capaz de sentir dor.
> 3.15. Em resumo, a garantia do direito ao aborto nas condições previstas em lei (no Brasil, em casos de gravidez resultante de estupro, risco à vida da gestante e anencefalia fetal) em qualquer tempo gestacional, com a indução de assistolia fetal quando indicada, é a recomendação baseada nas evidências científicas mais recentes, tanto de órgãos internacionais de especialistas em Ginecologia e Obstetrícia (Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia – FIGO), como da OMS.

Importa atentar que parece haver **equívoco na informação** de que “as fibras talamocorticais e o córtex cerebral **começam a desenvolver-se a partir de 24 semanas** de gravidez”, sublinhada no citado item 3.13 da Nota Técnica Conjunta do MS. Isso porque, segundo se vê em Nazari e Müller (2011) e em Montanari (2013), **a formação do encéfalo tem início** com a diferenciação que dá origem ao tubo neural, o que ocorre no final da 3ª semana de gestação e continua pela 4ª semana, ou seja, ainda na fase embrionária (Figura 3, acima).

Referindo-se mais precisamente ao encéfalo em si, Nazari e Müller (2011) informam que, “ao final da 4ª semana, a porção cefálica do tubo neural apresentará três dilatações, que correspondem às vesículas encefálicas primárias: **prosencéfalo**,

ou encéfalo anterior; **mesencéfalo**, ou encéfalo médio; **rombencéfalo**, ou encéfalo posterior" (p.131; grifos do original). O processo de formação do encéfalo é descrito com maior riqueza de detalhes por Montanari (2013), que leciona que, "na quinta semana, o prosencéfalo deriva o telencéfalo (mais cranial) e o diencéfalo", sendo que este "diferenciar-se-á no hipotálamo, no tálamo e no epitálamo" (p.118; sem sublinhas no original), enquanto "o telencéfalo expande-se lateralmente e dará origem aos hemisférios cerebrais" (p.116), estruturas que são ligadas pelo tálamo. Segundo essa autora, "do terceiro ao oitavo mês, surgem sulcos e giros ([...]), o que aumenta a área do córtex cerebral sem aumento de volume da massa encefálica" (Montanari, 2013, p. 116), havendo de se notar que o neocórtex – a porção mais nova do córtex cerebral e mais desenvolvida em seres humanos, em comparação com *animais não humanos* – "surge entre o terceiro e o sétimo mês de desenvolvimento" do nascituro (p. 117). Dessa feita, **a formação do tálamo e do córtex começa** já com a diferenciação do tubo neural do nascituro, **no final da 3ª semana de gestação**, ou, se se quiser ser mais preciso, **ao final da 4ª semana**, quando principia a diferenciação das estruturas cerebrais que resultarão no tálamo e no córtex, ou, se se pretender postergar ainda mais esse começo por qualquer motivo, **a partir do 3º mês de gravidez (9 a 12 semanas de gestação)**, com o início da formação dos sulcos cerebrais e do neocórtex, **jamais, porém, somente *a partir da 24ª semana ou 6º mês de gravidez***, como consta do citado item 3.13 da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS[151].

Ademais, a conclusão trazida no mesmo item 3.13 da Nota Técnica Conjunta do MS traz **informação que padece de dúvidas**. Diz ela que "evidências científicas obtidas por meio de eletroencefalografias de RN de 29-30 semanas não demonstram a percepção dolorosa nesse tempo gestacional", o que está presente em artigo científico publicado no início deste século por Susan J. Lee *et alii* (2005)[152]. A respeito, em um primeiro relatório mencionado naquela Nota Técnica Conjunta[153], o *Royal College* of *Obstetricians & Gynaecologists* (RCOG) (2010) revisou orientações

[151] Poderia ser desejável, mas não se trará conceitos da anatomia do *encéfalo* humano, vulgarmente designado como *cérebro*, que, a propósito, é apenas uma das estruturas daquele (a maior em volume). Em caso de dúvidas, sugere-se o recurso a atlas de anatomia ou a *sites* que esclareçam sobre a anatomia do corpo humano. Na Wikipedia encontra-se um resumo didático e claro dos componentes do encéfalo, com *hyperlinks* para mais informações (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Encéfalo&oldid=68497385. Acesso em: 8 nov. 2024)

[152] V. nota de fim nº 12 da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS.

[153] V. nota de fim nº 13 da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS.

anteriores e, muito resumidamente, partiu do **pressuposto** de que, para haver a percepção de dor, são necessárias **duas condições**: (a) a maturação do SNC, incluídos aspectos cognitivos, e do SNP, das vias sensoriais, dentre as quais os nociceptores[154], e dos componentes anatômicos e (b) um estado de consciência ou ciência da dor. Foi visto que a formação do sistema nervoso do nascituro é gradual[155] e o relatório de 2010 afirma que o nascituro, enquanto no organismo da mulher, permanece em um estado de inconsciência e, pois, não teria ciência da dor que lhe possa ser infligida, conquanto reconheça que "isso não possa ser conhecido com certeza" (RCOG, 2010, p. 23; livre trad.)[156]. Em função disso e também dos **riscos impostos ao próprio nascituro pelo uso de anestesia**, o RCOG (2010) não recomenda sua utilização na realização de procedimentos médicos invasivos durante a gestação, como cirurgias *in utero*, e muito menos, para o abortamento. Continuando, aquele colégio britânico cogita da idade gestacional em que pode haver a percepção de dor pelo nascituro. Segundo esse relatório (RCOG, 2010): (a) os nociceptores aparecem com 10 semanas de gestação; (b) a partir da 18ª semana o feto pode apresentar reações de dor/estresse; e, (c) com 24 semanas, já está completa a conexão entre as principais vias neuronais do SNP e o SNC, e **seria possível ao nascituro sentir dor com essa IG**.

Mais recentemente, o RCOG (2022) reviu as conclusões do relatório de 2010 e manteve a mesma recomendação de evitar a analgesia do nascituro, quando de procedimentos *in utero*, dados os riscos que isso representa para o ser humano em formação, e para os casos de abortamento, em que tais riscos não são considerados. Aduza-se que essa revisão de 2022, ainda que tenha se calcado em estudos que utilizaram as técnicas de neuroimagem mais avançadas da sua época e em vista de progressos da neurobiologia fetal, aponta que "faltam evidências sobre a idade de desenvolvimento do início de reflexos nociceptivos distintos em fetos humanos

---

[154] "Receptor sensorial que envia sinal causando a percepção da dor em resposta a um estímulo que possui potencial de dano" (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Nociceptor&oldid=55442113. Acesso em: 8 nov. 2024).

[155] Tópico 2.2 e Figura 2.

[156] Original: "*A further important feature is the suggestion, supported by increasing evidence, that the fetus never enters a state of wakefulness in utero and is bathed in a chemical environment that induces a sleep-like unconsciousness, suppressing higher cortical activation. Although this cannot be known with certainty, the observation highlights important differences between fetal and neonatal life and the potential pitfalls of extrapolating observations in newborn preterm infants to a fetus of the same gestational age*" (RCOG, 2010, p. 23; as sublinhas indicam o trecho traduzido).

saudáveis no útero" (p.4; livre trad.; sem sublinhas no original)[157] ou, mais precisamente, que "a idade de desenvolvimento do início dos reflexos nociceptivos em fetos humanos saudáveis no útero, distinta daqueles evocados pelo toque inócuo, é desconhecida" (p.9; livre trad.; sem sublinhas no original)[158]. Dentre as conclusões da revisão de 2022 do relatório de 2010, destaca-se a primeira delas, no sentido de que, "até o momento, as evidências indicam que a possibilidade de percepção de dor antes das 28 semanas de gestação é improvável" (p.9; livre trad.; sem sublinhas no original)[159]. Mais uma vez, contudo, o RCOG (2022) não se baseia apenas no desenvolvimento do SNC/SNP e demais componentes orgânicos, pois se vale da acenada **suposição de que o nascituro se encontra em um estado de inconsciência**, que o impediria de perceber a sensação de dor e, aliando esse fundamento aos demais que enumera, sustenta a ***improbabilidade*** de o nascituro sentir dor durante um procedimento *in utero*, ou um abortamento, antes da 28ª semana de gestação.

Essa revisão do RCOG (2022) também é citada pela Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS e embasaria a IG a que se refere (29 a 30 semanas). Contudo, se *probabilidade* é mais que *possibilidade*, **não é *certeza***... e talvez os cientistas nunca tenham certeza do momento a partir do qual o nascituro começa a sentir dor, ao menos com as tecnologias atualmente disponíveis. Essa ausência de *certeza* **não elimina a possibilidade de, com IG de 28 semanas ou menos, o nascituro sentir dor durante um abortamento**, seja com a utilização de métodos cirúrgicos (principalmente nesses casos), seja com o emprego de medicamentos que provocam sua expulsão do organismo materno.

Há que se ver, ainda, que a Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, no seu item 3.11, acima transcrito, afirma que o abortamento "prescinde de anestesia" porque, dentre "as técnicas recomendadas" pela OMS, encontra-se "a indução de assistolia fetal". Ora! **indução de *assistolia fetal*** é um *belo nome* que designa o ato de **provocar uma parada cardíaca total no feto**, ou seja, **a *morte do nascituro* antes do seu abortamento**. E, com o perdão da ironia, promovendo-se a assistolia fetal, de fato ***não há necessidade alguma de anestesiar o nascituro*** **previamente ao aborto**, pois

[157] Original: "*Evidence for the developmental age of onset of distinct nociceptive reflexes in healthy human fetuses in utero is lacking.*"
[158] Original: "*The developmental age of onset of nociceptive reflexes in healthy human fetuses in utero, distinct from those evoked by innocuous touch, is not known*."
[159] Original: "*To date, evidence indicates that the possibility of pain perception before 28 weeks of gestation is unlikely.*"

ele será morto **antes de ser abortado, ou o será durante o processo de abortamento**, e, assim, o raciocínio da referida Nota Técnica Conjunta do MS de que o feto não sentirá dor *torna-se correto*, mas de uma **crudelíssima correção**!

A promoção da assistolia cardíaca no nascituro é um procedimento relativamente comum nos abortamentos induzidos, inclusive quando necessários para salvar a vida da mãe[160], e, segundo a OMS (2023b), consiste em um procedimento de pré-abortamento a "ser considerado", após 20 semanas de gestação, "para evitar sinais de vida durante o aborto medicamentoso, ou caso a expulsão fetal ocorra após a preparação cervical, mas antes de uma dilatação e evacuação planejada (D&E)" (p.20; livre trad.; sem sublinhas no original)[161]. Aquela Organização ainda lembra que "a probabilidade de sobrevivência fetal transitória após a expulsão aumenta com o aumento da idade gestacional e com menor intervalo entre a preparação cervical e o procedimento de aborto" (p.20; livre trad.; sem sublinhas no original). A OMS (2023b) arrola três *esquemas* comuns para a indução de assistolia cardíaca no nascituro[162], a saber:

a) injeção de cloreto de potássio (KCl) no próprio nascituro, ou no cordão umbilical: é o esquema mais eficaz, mas exige conhecimentos específicos; pode ser aplicado no dia do aborto e a parada cardíaca pode ser observada no mesmo momento da aplicação do KCl;
b) injeção de digoxina no interior do saco amniótico, ou diretamente no nascituro: demanda tempo para absorção pelo nascituro e, por isso, geralmente é administrada no dia anterior ao aborto e a parada cardíaca deve ser confirmada no momento da sua realização; não exige conhecimentos específicos para administração via intra-amniótica, mas tem uma taxa de falhas maior, comparada com o KCl; e
c) injeção de lidocaína no próprio nascituro: também demanda conhecimentos especializados e pode ser aplicada no dia do aborto; é bastante eficaz e a parada cardíaca pode ser observada em cerca de 5 min.

---

[160] A polêmica sobre a assistolia cardíaca do nascituro será tratada à frente (tópico 4.4).
[161] Original: "*For abortion after 20 weeks' gestation, induction of fetal asystole can be considered to avoid signs of life either during medical abortion or should fetal expulsion occur after cervical priming but before a planned dilatation and evacuation (D&E). The likelihood of transient fetal survival after expulsion increases with increasing gestational age and shorter interval between cervical priming and abortion procedure*."
[162] A publicação da OMS (2023b) também descreve o passo-a-passo para a promoção da morte fetal por assistolia cardíaca e sua confirmação (p.22), mas não é necessário transcrevê-lo.

É evidente que, **se o aborto é necessário para salvar a vida da mãe**, o método adequado à idade gestacional deverá ser utilizado pelos profissionais da saúde, **mesmo que implique provocar a morte prévia ou concomitante do nascituro**, considerando-se sempre que não haja outro meio de salvar a vida da mulher. Porém, quando se trata especificamente de **aborto no caso de gravidez resultante de estupro e não há qualquer risco de morte para a mulher, a crueldade inerente ao ato não encontra justificativa jurídica plausível**, de modo que tal hipótese de descriminalização do crime de aborto é rechaçada, além de pela garantia constitucional do direito à vida do nascituro, também **pelo princípio constitucional da vedação à crueldade**, inclusive em relação à mulher, mas especialmente em face do nascituro.

4.1.5 Princípio da pessoalidade das penas no crime de estupro

Mas há, ainda, o outro princípio constitucional antes referido que implica a repulsa da excludente de punibilidade prevista no inciso II do art. 128 do CP, que é o *princípio da pessoalidade das penas*, igualmente constante do rol de *direitos e garantias fundamentais*. Tal princípio é expresso no inciso XLV do art. 5º da CF, nos seguintes termos: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido". O dispositivo tem, pois, duas partes, sendo que a primeira propriamente enuncia o princípio da *pessoalidade das penas* e a segunda traz uma exceção a ele, referindo-se a efeitos patrimoniais da condenação penal, que podem atingir os sucessores do condenado, *até o limite do valor do patrimônio transferido*.

A redação da primeira parte do dispositivo constitucional é clara e, diante do brocardo latino *in claris cessat interpretatio*, nada mais seria preciso acrescentar. Porém, convém aduzir que desse princípio se ocupam Marina S. de Lacerda, Nayara P. Félix e Marina R. M. Lôbo (2013) e, como atestam as autoras, "uma vez consumado o fato criminoso, a punibilidade deve alcançar somente quem cometeu o ilícito ou ainda quem contribuiu para que o mesmo ocorresse", donde "é notório que a pena não deve alcançar terceiros, como familiares do recluso e entes próximos", porquanto

“a pessoa que é condenada por um crime deve individualmente cumprir a sua pena legalmente e socialmente” (p. 214; sem sublinhas no original).

Ora! *Quem é o nascituro concebido durante um estupro, senão um familiar de quem cometeu o ilícito, a ele unido pelo estreito laço da* ***filiação biológica***? Dessa forma, salvo quanto a possíveis efeitos patrimoniais da condenação do agente do crime de estupro, **nenhuma outra consequência haveria de decorrer do crime em relação a esse nascituro**, pois vedada pelo *princípio constitucional da pessoalidade das penas*. Ademais, à época da realização do aborto – mesmo considerando que, como admite a Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, fosse realizado no último momento da gestação – quase certamente não terá havido condenação do estuprador e, quiçá, sequer formulada denúncia, ou seja, a peça inaugural da ação penal para apuração da ocorrência do crime de estupro e da sua autoria[163].

Possivelmente haverá quem diga que o aborto em caso de estupro não pode ser qualificado como *pena imposta ao agente do crime* e *passada da pessoa do “condenado” ao nascituro*, e, portanto, não se aplicaria o princípio constitucional ora invocado. Outros podem aduzir que o CP prevê pena de reclusão ao agente do crime de estupro, que obviamente não pode ser cumprida pelo nascituro, ou, invocando o inciso XXXIX do art. 5º da CF[164], que o CP não comina pena de morte para crime de estupro – aliás vedada pela CF em tempos de paz –, também para afastar a incidência do princípio constitucional da pessoalidade das penas. Argumentos desse jaez, porém, **não arredam o fato de que só há incidência da hipótese de excludente de punibilidade do aborto**, prevista no antinômico inciso II do art. 128 do CP, **se houver o cometimento do crime de estupro e dele resultar gravidez**. Em outras palavras, o fundamento da excludente de punibilidade de um crime – o aborto – está no cometimento anterior de outro crime – o estupro – do qual resulte gravidez.

É certo que o crime de estupro tem sua pena fixada pelo CP[165]. Porém, ***qual o alcance do conceito de pena que se extrai da CF?*** *Esse conceito se restringe tão-somente às penas a que se refere o CP, em seu art. 32, a saber: “privativas de*

---

[163] Não se entrará na questão de saber se é ou não exigida prévia notícia-crime do estupro, ou outra providência no âmbito penal, para a realização do aborto nos termos do antinômico art. 128, II, do CP, pois ultrapassa os limites do presente estudo. No entanto, se verá que essa notícia-crime deve ser efetuada (tópico 4.1.8).

[164] CF: “Art. 5º [...]: XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

[165] Relembre-se que há, no Direito brasileiro, dois tipos penais que envolvem o estupro, *estupro* e *estupro de vulnerável*, cada qual com penas específicas (v. nota de rodapé nº 116).

liberdade", "restritivas de direitos" e "multa"? Aparentemente não, pois **a própria norma do citado inciso XLV do art. 5º admite a existência outras *penas*, para mais das previstas no CP**, na medida em que se reporta ao dever de reparação de danos, processada mediante ação de natureza civil, e à decretação do perdimento de bens, as quais, a propósito, se constituem nas **únicas exceções previstas expressamente na CF** ao princípio constitucional da pessoalidade das penas.

Pode-se, ainda, pretextar que o conceito de *pena* que decorreria da CF seria limitado tão-somente a (a) penas, no sentido estrito estabelecido no CP, (b) obrigação de reparar os danos decorrentes do crime e (c) perdimento de bens, sendo que as duas últimas hipóteses constituem exceção ao princípio constitucional da pessoalidade das penas, como visto. Porém, **tal espécie de interpretação restringiria o alcance** de uma norma jurídica inscrita dentre os direitos e garantias individuais assegurados pela CF e que possui nítido caráter de **princípio jurídico**, informando e conformando o sistema jurídico brasileiro. Retoma-se afirmação anterior no sentido de que interpretar um princípio jurídico de forma restritiva é limitar sua eficácia, o que só seria possível quando do confronto com outro princípio de igual ou superior hierarquia. No caso do princípio constitucional da pessoalidade das penas, parece não existir um confronto que possa restringir sua interpretação, ao menos em relação ao direito à vida do nascituro. Além disso, o limite da restrição da pessoalidade das penas parece decorrer da própria norma jurídica do inciso XLV do art. 5º da CF, na medida em que ela excepciona apenas efeitos patrimoniais do crime, não se reportando a qualquer outra sorte de efeitos. Daí se vê que **o conceito de *pena*** que pode ser extraído da norma constitucional há de abranger **quaisquer efeitos ou consequências de caráter negativo** que possam decorrer do cometimento de um crime.

Portanto, entende-se que **não existe razão para admitir uma interpretação restritiva do conceito de *pena***, para efeito do inciso XLV do art. 5º da CF, mas se há de lhe dar **sentido amplo** e abarcar quaisquer **consequências legais de cunho negativo** que possam resultar do cometimento de um crime. Caso contrário, seria muito fácil ao legislador *burlar* o princípio constitucional de que se trata: bastaria não utilizar a palavra *pena* e equivalentes (como *sanção*) e estabelecer consequências jurídicas de cunho negativo, em vista do cometimento de certos crimes, de modo a atingir, ou poder atingir outras pessoas, além do próprio condenado. Destarte, é

necessário verificar **que tipo de consequências legais de caráter negativo exsurgem** do cometimento de um crime. **Se elas ultrapassam a pessoa do condenado** e não se encontram dentre as exceções previstas na norma constitucional, **é mister tê-las como incompatíveis com o *princípio da pessoalidade das penas***, portanto inconstitucionais e incoerentes com o sistema jurídico brasileiro, revelando antinomia.

No caso do cometimento do crime de estupro, verifica-se que há **duas consequências** principais previstas na lei penal: (a) **o apenamento do réu que for por ele condenado às penas aplicáveis** no caso do crime de estupro, ou de estupro de vulnerável, conforme o caso; e (b) **a excludente de punibilidade do aborto do nascituro que acaso tenha sido concebido por ocasião do cometimento do crime**[166]. A segunda consequência é condicional, pois depende, obviamente, de a vítima engravidar por força do fato do estupro, e facultativa, pois exige o consentimento da vítima ou de seus responsáveis para o aborto (CP, art. 128, II), e até pode ser tida como *secundária*, mas não menos relevante que a primeira, ambas decorrendo do crime de estupro, numa *relação de causalidade*. É inafastável, portanto, a circunstância de que **a consequência** *aborto não punível como crime* é resultante da **causa necessária** *gravidez decorrente de crime de estupro*. Não existindo a causa, não deve haver a descriminante, ou, em outras palavras: a gravidez resultante do crime de estupro *é o fato* a partir do qual *deve ser* a antinômica excludente de punibilidade do aborto de nascituro concebido em razão de estupro. De outro lado, se, uma vez realizado o abortamento, **ficar comprovado**, por meio de exames adequados (testes genéticos), que o agente do crime de estupro **não é o pai biológico** do nascituro abortado, **não terá cabida a incidência da excludente de punibilidade**, a que se refere o antinômico inciso II do art. 128 do CP. Assim sendo, essa excludente de punibilidade consiste em uma **consequência de caráter negativo não compreendida entre as exceções** previstas na segunda parte do inciso XLV do art. 5º da CF e, portanto, **vedada também pelo princípio constitucional da pessoalidade das penas**, estabelecida na primeira parte desse dispositivo.

[166] Isso perante a lei penal, pois, no Brasil, a reparação de danos resultantes de crime é ação de natureza civil, como antes anotado. Nada obstante, o juiz criminal pode, na sentença que condenar o acusado do cometimento de crime, fixar um valor mínimo para o ressarcimento dos danos sofridos pela vítima ou seus herdeiros (CPP, art. 63 e art. 387, IV), que poderá ser alterado em ação própria movida por estes em face daquele no juízo cível.

Acresce que o aborto provocará a morte daquela(e) que, salvo prova em contrário, é filha(o) biológica(o) do estuprador. Foi dito que a notícia do aborto pode ser até um *alívio* para o estuprador, pois o *libertará* de qualquer obrigação que lhe poderia caber como pai, caso o nascituro concebido durante o estupro sobrevivesse. Porém, apesar de haver poucos estudos sobre o perfil psicológico do agente do crime de estupro, exceto se se tratar de um psicopata, ele pode ser um homem *como outro qualquer*[167], para quem a ciência do aborto ou a mera expectativa de ele acontecer podem lhe gerar sofrimento psíquico, mormente se o crime de estupro foi cometido por alguém que tinha afeição pela vítima, malgrado doentia. Dessa feita, eventual sofrimento psíquico pode afetar o agente do crime – um *acréscimo* às penas previstas no CP, como dito –, **mas somente exsurge a partir de um fato que alcança sua(seu) filha(o) biológica(o)**, ou seja, **um familiar do agente do crime** que é negativamente afetado pelo seu cometimento, em nível muito além dos reflexos patrimoniais admitidos pela CF, pois é atingido em sua própria vida.

Por tudo isso, a excludente de punibilidade do inciso II do art. 128 do CP também configura **ofensa ao princípio da pessoalidade da pena**, o que se soma aos argumentos que demonstram sua incoerência em relação ao sistema jurídico brasileiro e, portanto, tratar-se de uma antinomia a ser rechaçada do seu repertório.

4.1.6 Alternativas ao aborto na gravidez resultante de estupro

Parafraseando Mafalda Lucchese (2013, p. 232), a excludente de punibilidade prevista no inciso II do art. 128 do CP ainda consiste em ***punir aqueles que culpa alguma têm*** **de terem sido concebidos em decorrência do crime de estupro**. Já passou o tempo de suprimir essa antinomia do ordenamento jurídico brasileiro, essa verdadeira *pena de morte com requintes de crueldade* aplicada ao nascituro, pelo fato de ter sido gerado durante um ato sexual, violento, é certo, mas **do qual é absolutamente inocente**! Ademais, há alternativas à realização do aborto em caso de estupro e, inclusive, uma solução jurídica que não existia à época da edição do CP, na vigência Código Civil de 1916 e mesmo no início da vigência do ECA, mas que,

[167] Não se deslembre que, pela legislação atual, a mulher também pode figurar como agente do crime de estupro, embora, obviamente, do estupro que cometa contra outra mulher, é impossível resultar gravidez da vítima, salvo no caso de mulher trans que mantenha incólume a genitália masculina.

hoje, pode ***acomodar* a situação do nascituro concebido durante um crime de estupro** e, ao mesmo tempo, preservar, tanto quanto possível, os direitos da mulher **sem a necessidade de recorrer ao abortamento**, que provoca a morte daquele.

4.1.6.1 Contracepção tradicional e contracepção de emergência

A adoção de contracepção pela mulher é, evidentemente, o **melhor meio para evitar uma gravidez**, qualquer que seja sua causa, inclusive o estupro, e totalmente coerente com o sistema jurídico nacional, pois não implica, sequer, em pensar em abortar, haja vista que a própria concepção será previamente evitada. Assim, os **métodos contraceptivos** tradicionais – exceto, é óbvio, os que devem utilizados quando da relação sexual (diafragma e preservativos feminino ou masculino), ou que se baseiam no ciclo menstrual e os comportamentais[168] – **são a primeira alternativa juridicamente válida na prevenção da gravidez resultante de estupro** e, por consequência, do aborto na forma do antinômico CP, art. 128, II. Provavelmente, é a mais importante, pois também protege a mulher contra gravidezes indesejadas, em geral. Contudo, a mulher pode não os adotar por diversas razões – como falta de informações sobre sua utilização, efeitos no seu organismo e alternativas existentes, falta de acesso a métodos de contracepção eficazes, desejo de ser mãe *etc*. – e, surpreendida pela violência de um estupro, engravidar.

Especialmente para essas situações, já há algum tempo, está disponível às mulheres vítimas de estupro no Brasil a **anticoncepção ou contracepção de emergência**, que é a segunda alternativa jurídica para evitação de gravidez, seja a decorrente de estupro, seja a não planejada. Sua forma mais conhecida é a ***pílula do dia seguinte*** (mas há outras), que consiste na administração de altas doses de hormônio feminino, se possível no mesmo dia da relação sexual ou do estupro, ou, no máximo poucos dias após, visando a evitar a concepção.

Principalmente quando a *pílula do dia seguinte* foi lançada no mercado brasileiro, houve muitos questionamentos se ela teria efeito abortivo, pois se

[168] Dentre os métodos de contracepção comportamentais, além da famosa *tabelinha*, alguns se baseiam na relação sexual incompleta, a saber: (a) interrupção da relação sexual antes da ejaculação, ou coito interrompido; e (b) sexo sem penetração vaginal. Contudo, o primeiro apresenta um alto nível de falha, comparado a outros métodos, e, embora muito raramente, do segundo pode resultar gravidez, se houver contato do esperma com a vagina por qualquer meio (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Contracepção&oldid=65638046. Acesso em: 8 nov. 2024).

acreditava – e era veiculado na mídia – que sua ação poderia se dar impedindo a implantação/nidação do pré-embrião no útero (ou seja, do ser já concebido), em vez de bloquear a própria concepção. Esse tema é objeto de pergunta e resposta catalogada no caderno "Anticoncepção de emergência: perguntas e respostas para profissionais de saúde", editado pela Secretaria de Atenção à Saúde do MS (Brasil, 2011a), nos seguintes termos:

> 18. **A anticoncepção de emergência pode atuar como método abortivo?**
> R: Não existe qualquer sustentação científica para afirmar ou fazer suspeitar que a AE [anticoncepção de emergência] seja método que resulte em aborto, nem mesmo em percentual pequeno de casos. As pesquisas asseguram que os mecanismos de ação da AE evitam ou retardam a ovulação, ou impedem a migração sustentada dos espermatozoides. Não há encontro entre os gametas masculino e feminino. Assim sendo, não ocorre a fecundação.
> A diminuição progressiva da efetividade da AE, conforme transcorre o tempo a partir da relação sexual, e a incapacidade de produzir sangramento imediato ou mesmo em caso de gravidez são demonstrações simples, porém evidentes de que a AE é capaz de evitar a gravidez, mas não de interrompê-la.
> A AE impede a fecundação e não há indicadores de que ela atue após esse evento, inclusive sobre o endométrio. Este fato deveria ser suficiente para estabelecer, claramente, a ausência de efeito abortivo. Apesar disso, conceitos cientificamente incorretos foram construídos sobre o mecanismo de ação da AE, dando margem a que se levante, equivocadamente, a hipótese de efeito abortivo. (Brasil, 2011a, p. 21; sem sublinhas no original)

Na continuidade, a resposta alinha conceitos científicos que corroboram a ação da pílula do dia seguinte no bloqueio da própria união do óvulo e do espermatozoide. Atente-se que esse caderno do MS (Brasil, 2011a), na resposta à questão arrolada como 23, **distingue entre fecundação e concepção**, nos seguintes termos: "a fecundação, também chamada de fertilização, refere-se, exclusivamente, ao processo de união dos gametas masculino e feminino, óvulo e espermatozoide" (p.27); e "o conceito de concepção se aplica ao processo de nidação", ou seja, da implantação do pré-embrião no útero, e "completa-se entre o 11° e o 12° dia após a fecundação", de modo que os termos "não são sinônimos e não devem ser confundidos" (p.28)[169]. Com esses conceitos, o documento parece se alinhar à teoria da nidação quanto ao começo da vida humana, embora não trate diretamente da questão, sendo necessário, de todo modo, deixar claro que, para este autor, a concepção se dá no exato momento da união do espermatozoide ao óvulo e os termos

[169] O documento também **diferencia fecundação e gravidez**, sendo esta "o processo reprodutivo a partir da implantação" detectável "mediante 'sinais e sintomas presuntivos de gravidez', como atraso menstrual, e provas diagnósticas aceitáveis" (p.29).

***fecundação, fertilização* e *concepção* são entendidos como sinônimos, para todos os efeitos jurídicos**, particularmente para a proteção da vida humana que se encontra presente desde a formação do zigoto, no caso de gravidez resultante de ato sexual. De qualquer maneira, destaca-se que o caderno em tela afirma, na resposta à questão 18, acima reproduzida, que a contracepção de emergência **impede a própria fecundação** (ou seja, a própria concepção), a qual, como se vê na resposta à questão 23, "ocorre muito antes da implantação ou nidação" (p.28) e, **sendo assim, não há que se falar sequer em zigoto, nem, por consequência, em proteção da vida de nascituro**, que ainda não teve início.

O MS aprovou o uso da *pílula do dia seguinte*, conforme os seguintes métodos (a) o método de Yuzpe, que "utiliza anticonceptivos hormonais orais combinados (AHOC)", de uso comum na contracepção tradicional; e (b) o método do "uso exclusivo de progestágeno, levonorgestrel" (Brasil, 2011a, p. 9–10), o qual, "como não contém estrogênios, está isento de efeitos colaterais e contraindicações relativas a esses medicamentos" (p.11). Atenta-se que "a única contraindicação absoluta para a AE, [...], é a gravidez confirmada" e, no mais, "todas as mulheres podem usar o método com segurança, mesmo aquelas que, habitualmente, tenham contraindicações ao uso de anticoncepcionais hormonais combinados", mas, em alguns casos de risco, deve ser preferido o emprego do levonorgestrel (Brasil, 2011a, p. 14; sem sublinhas no original). Os efeitos colaterais mais comuns no uso desses métodos "são náuseas, em 40 a 50% dos casos, e vômito, em 15 a 20%", conquanto possam se verificar outros efeitos secundários "com menor frequência", como "cefaleia, dor mamária e vertigens [...] de curta duração" e, "de modo geral, a AE é bem tolerada pela maioria das mulheres e, excepcionalmente, ocorrem efeitos indesejáveis mais intensos ou severos" (Brasil, 2011a, p. 13). Assim como esse caderno, a BVS Atenção Primária em Saúde (2022) esclarece que "como a geração de um embrião só ocorre aproximadamente 120 horas depois da relação sexual, os AE são efetivos somente quando ingeridos até 72 a 120 horas pós-coito, com maior efetividade nas primeiras 12 horas" (não p.; sem sublinhas no original). Daí já se vê que, havendo estupro, urge que a mulher busque a contracepção de emergência, para que seja possível o seu emprego.

A Rede Internacional de Educação de Técnicos de Saúde (RETS) (2022) informa que, além dos métodos autorizados pelo MS para a contracepção de emergência, são recomendados pela OMS, também para uso no mesmo prazo: (a) o

ulipristal, que teria ação semelhante ao levonorgestrel, e (b) o dispositivo intrauterino (DIU) de/com cobre[170]. Este, segundo a RETS seria "a forma mais eficaz de contracepção de emergência disponível quando inserido com cinco dias de relações sexuais desprotegidas", apresentando eficácia superior a 99% (não p.)[171], mas, apesar de ser disponibilizado pelo SUS como método contraceptivo, a inserção do DIU de/com cobre não é autorizada pelo MS para a contracepção de emergência[172].

Portanto, a contracepção de emergência se configura como uma das **fórmulas jurídicas coerentes com o sistema jurídico brasileiro**, na medida em que evita a própria concepção ou fecundação, e que **pode ser utilizada no caso de crime de estupro**, para impedi-la[173]. Há, porém, dois *pormenores*. O primeiro, relevantíssimo, é que **deve ser observado o prazo máximo 120 horas** para a utilização dos métodos contraceptivos de emergência[174]. Desse modo, imediatamente quando da notícia da ocorrência do estupro, a mulher deve ser encaminhada para atendimento médico inclusive com essa finalidade, o que, aliás, **constitui orientação**

---

[170] O Conselho Regional de Farmácia de Sergipe esclarece que "os DIU de cobre impedem a fertilização causando uma alteração química no espermatozoide e no óvulo antes que eles possam se unir", daí porque "pode ser usado como contraceptivo de emergência e deve ser inserido" no mesmo prazo de "até cinco dias após a relação desprotegida ou ovulação, fornecendo proteção por até 10 anos da sua inserção". Esse Conselho ainda esclarece que "a contracepção de emergência não pode interromper uma gravidez já estabelecida, nem prejudicar o embrião em desenvolvimento" (Disponível em: https://crfse.org.br/noticia/1432/desinformacao-sobre-pilula-do-dia-seguinte-e-um-dos-fatores-para-alta-nas-taxas-de-jovens-gravidas. Acesso em: 8 nov. 2024). Não se se descura que DIU sem cobre na composição possa ter efeito abortivo por impedir a nidação, e não a concepção.

[171] A BVS Atenção Primária em Saúde (2022) cita, ainda, o uso de pílula de mifepristona, mas, como visto, esse medicamento é utilizado nos processos de indução ao aborto por via medicamentosa e, pois, pode não se configurar como método contraceptivo, propriamente dito (que impede a concepção), mas abortivo, de modo que seu emprego seria juridicamente vedado no Brasil, em razão do entendimento exposto.

[172] Essa orientação do MS haveria de ser revista. Além da alta eficácia desse método na contracepção de emergência, "uma vez inserido, a mulher pode continuar a usar o DIU como um método permanente de contracepção" e, futuramente, "escolher mudar para outro método contraceptivo", ou retirá-lo, caso deseje engravidar; para mais, embora haja algumas contraindicações, "a única situação em que um DIU com cobre", realmente, "nunca deve ser usado como contracepção de emergência é quando uma mulher já está grávida" (RETS, 2022, não p.), pois provocaria o aborto. De todo modo, a mulher sempre pode optar pelo DIU de/com cobre como contracepção de emergência, não obstante, para isso, tenha de recorrer a serviços médicos privados, enquanto não houver alteração da orientação do MS a respeito. Independente disso, o DIU de/com cobre é particularmente adequado para mulheres que desejam um método contraceptivo não hormonal de ação prolongada, reversível e altamente eficaz, sendo capaz de protegê-las de gravidezes indesejadas, inclusive resultantes de estupro.

[173] Obviamente, se ficar cientificamente comprovado que, em verdade, a contracepção de emergência, compreendido o DIU de/com cobre, age impedindo a nidação, mas não a união do espermatozoide ao óvulo, isso imporá a revisão das considerações feitas a propósito, bem como as conclusões jurídicas sobre seu uso.

[174] Esse prazo haverá de ser revisto, se novas evidências científicas demonstrarem que, ao cabo de cinco dias, já há grandes chances de ter havido a união do óvulo com o espermatozoide (existir ao menos o zigoto), caso em que deverá ser reduzido, de modo a evitar que a contracepção de emergência tenha efeitos abortivos.

conjunta do MS e do Ministério da Justiça (MJ), constante do manual "Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e coleta de vestígios" (Brasil, 2015). O segundo consiste em atentar que a **contracepção de emergência não é recomendada como método controle da natalidade** ou planejamento familiar, pois "tem indicação reservada a situações especiais ou de exceção, com o objetivo de prevenir gravidez inoportuna ou indesejada", embora se reconheça que possa ser usada de "forma inadequada, incorreta e mesmo abusiva, contrariando todas as recomendações" (Brasil, 2011a, p. 7 e 25).

Importa pôr em relevo que, no Brasil, assim como a maternidade, a saúde foi elevada ao patamar de direito social (CF, art. 6º) e constitui "dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (CF, art. 196), o que é executado pelo SUS. Nesse dever estatal se inclui o de **promover a educação sobre saúde sexual e reprodutiva de mulheres** e homens e **fornecer os meios necessários** para atender **principalmente àquelas**, no sentido de **evitar a concepção**, com o provimento de métodos contraceptivos juridicamente aceitos, incluída a **contracepção de emergência**, e instruí-las a propósito do **planejamento familiar**, mas há graves falhas no seu adimplemento[175].

4.1.6.2 Entrega de filha(o) nascida(o) de gravidez resultante de estupro à adoção

Tal qual a mulher vítima de estupro deve, na forma da norma técnica referida (Brasil, 2015), ser instruída quanto à contracepção de emergência, rigorosamente, **toda mulher que não quer ter filhos** – e também todo homem que não deseja tê-los – e **especialmente aquela que se acha mais sujeita à violência sexual por qualquer motivo**, deveria ser orientada pelo Estado brasileiro a adotar algum método contraceptivo, dentre os vários disponíveis, inclusive gratuitamente pelo SUS. Todavia, **o Estado não pode obrigar mulher alguma a adotar** qualquer método contraceptivo, nem tampouco **a contracepção de emergência**, ainda que se trate de

[175] Tópicos 4.2.13 e 5.1.

vítima de estupro, pois, por mais que tal decisão possa parecer absurda, trata-se de prerrogativa que se insere no campo da sua liberdade sexual e reprodutiva[176].

A recusa da mulher em aceitar a contracepção de emergência pode decorrer de diversos fatores, como o entender-se suficientemente protegida, porque faz uso de algum método contraceptivo – o que, em verdade, não contraindica os métodos emergenciais indicados pelo MS, como visto –, ou por quaisquer motivos de foro íntimo, inclusive decorrentes da absorção de *conceitos cientificamente incorretos construídos* no sentido de que os métodos de contracepção de emergência aceitos no Brasil teriam *efeito abortivo*, para usar os termos do referido caderno do MS (Brasil, 2011a)[177], e **o Estado brasileiro, repise-se, não pode coagi-la a tanto**. Quando muito, os profissionais de saúde, diante da recusa de mulher vítima de estupro em aceitar o contraceptivo de emergência, podem procurar esclarecê-la com mais informações a respeito dos métodos e de seus mecanismos de ação, com vistas a convencê-la a, voluntariamente, aceitar o recurso visando à redução e até eliminação do risco de uma gravidez resultante da violência sexual, mas sem jamais usarem de métodos coercitivos para tanto.

É fato, entretanto, que, além da possível recusa em aceitar métodos contraceptivos de emergência, **nem sempre a mulher recorre imediatamente após o estupro a serviços de saúde**, quer ao SUS, quer a particulares, nem à autoridade policial, nada obstante saiba da existência de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deam) no seu município, criadas pela Lei nº 14.541, de 3 de abril de 2023, e da prerrogativa de ser atendida por uma agente feminina especializada, nos termos da mesma lei. Por vezes, somente decide-se por fazê-lo muitos dias depois do estupro, ou quando se descobre grávida. Há casos, ainda, em que ela pode se encontrar **impedida de tomar** providências dessa espécie por muito tempo após o estupro, ou é **incapaz de perceber claramente que foi vítima de estupro**, como quando convive com o agente do crime, quando se trata de estupro de vulnerável que não consegue discernir ou se expressar, ou, no extremo, quando é mantida em cárcere privado. Todavia, **mesmo nessas situações** – e, com mais

[176] Tópico 4.2.13.

[177] O que se vê inclusive no meio jurídico. Para Baldan (2020), p. ex., a contracepção de emergência e o DIU impediriam não a concepção, mas a *nidação* e, pois, teriam efeito abortivo, o que parece ser informação científica desatualizada (no que tange ao DIU, ao menos em relação ao que leva cobre na sua composição). De todo modo, v. notas de rodapé nºs 173 e 174.

razão, na recusa da mulher em aceitar a contracepção de emergência –, se do estupro resultar gravidez, **a opção pelo aborto não é juridicamente aceitável**, dada a antinomia do inciso II do art. 128 do CP. Mas, frente a casos como esses, **há outra alternativa ao aborto**, essa de natureza jurídica, propriamente, e bem mais recente.

Como já afirmado, quando da edição do CP em 1940, **não havia solução jurídica que *acomodasse* a situação de um filho concebido em um estupro**, o qual, se viesse a nascer, poderia passar a integrar a família – embora o juiz pudesse ordenar que fosse obrigatoriamente criado fora dela –, com toda a *carga negativa* que um *filho ilegítimo* significava na sociedade brasileira de então, para a mulher e para a própria família. Daí, a inserção da excludente de punibilidade do aborto no caso de gravidez advinda de estupro, que ocorreu, **por *inspiração bélica***, justamente no momento da história do Direito brasileiro em que a **Constituição Federal admitia a pena de morte em tempos de paz**, o que, aliás, se fez por meio de decreto-lei, que dispensava (evitava) a atuação desejada e desejável do Legislativo[178].

Entretanto, além da contracepção usual e da contracepção de emergência, **hoje existe uma alternativa jurídica: é a possibilidade de a mulher gestante**, a qualquer momento, **voluntariamente entregar a(o) filha(o) nascido à adoção**. Essa solução é até relativamente recente, pois resulta da edição da Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, a qual, dispôs "sobre entrega voluntária [...] de crianças" para adoção, mesmo durante o período gestacional (art. 1º), e, com esse objetivo, promoveu alterações no ECA e em outras leis.

Claro que, a não promoção do aborto na gravidez resultante de estupro não **impede a mulher de passar por todo o processo da gestação e do parto**, nem, tampouco, minimiza as consequências psicológicas resultantes da violência do estupro[179]. Porém, entregar a(o) filha(o) gerado durante o estupro à adoção pela

---

[178] Tópico 4.1.1.

[179] É sabido que as técnicas de fertilização *in vitro* avançaram muito, desde que foram aplicadas pela primeira vez. Essas técnicas envolvem a transferência de embriões concebidos em laboratório para o útero da mãe que irá gerá-los, assim como os procedimentos para realizar a própria fecundação e a sua conservação até o momento em que a transferência seja possível. Porém, salvo fato que se desconhece, tais técnicas ainda não se desenvolveram a ponto de permitir a retirada de um embrião/feto do útero no qual tenha sido concebido, de modo a preservar a sua vida e com o fim de transplantá-lo para o útero de outra mulher, quando possível. Oxalá! isso se torne realidade, sem risco e com o menor desconforto possível para a mulher, pois uma alternativa de tal natureza poria fim a qualquer discussão que pudesse remanescer a respeito da supressão da hipótese de exclusão de punibilidade do crime de aborto, no caso de gravidez resultante de estupro, já que, ao tempo em que eliminaria a necessidade de a mulher passar pela gravidez, preservaria a vida do nascituro, que passaria a ser gestado por outra mulher.

mulher que não quer ser sua mãe, em vez da opção pelo aborto na antinômica hipótese do inciso II do art. 128 do CP, quando incabível ou não aceita a contracepção de emergência, é, atualmente, a **solução jurídica que melhor se coaduna com o sistema jurídico brasileiro**, na medida em que (a) **preserva a vida do nascituro** gerado a partir do estupro, (b) **não implica a assunção de deveres da maternidade** e (c) **não agrega, ao sofrimento psíquico da mulher** resultante da violência sexual contra ela praticada, **a ciência de ter dado fim à vida do ser humano que se desenvolvia no seu organismo**.

Aliás, não são raros os casos de mulheres que, mesmo cientes do risco que uma gravidez representa para sua própria vida e de recomendação médica de realizar aborto necessário, resolvem dar continuidade à gestação, até o seu termo ou ao momento em que possa ser realizado o parto do nascituro[180]. Conquanto mais raros – ou quiçá menos noticiados – **de igual modo ocorrem casos de mulheres que voluntariamente dão continuidade a gravidezes resultantes de estupro**, em vez de optarem pelo aborto, que provocaria a morte do nascituro[181].

Mais um detalhe: ocorrendo gravidez do estupro e sendo juridicamente incoerente a promoção do aborto, a gestação, em tese, deve seguir até seu termo. Porém, embora o parto não possa ser evitado, **pode ser antecipado**, quando se verificar, por avaliação médica, que é possível **garantir a vida do nascituro após o nascimento**.

É sabido que a prematuridade é uma das principais causas de mortes de RN e, na década de 2010 a 2020, consistiu na sua 1ª causa de morte, conforme relatório produzido pela OMS (2023a), mas é sabido que, atualmente, há **possibilidade de crianças nascidas pré-termo, mesmo extremamente prematuras, sobreviverem após o parto**, quando recebem os cuidados necessários. Os resultados de artigo de revisão conduzido por Márcia P. de Castro *et alii* (2011) atestam que "ainda não é possível definir um limite seguro de IG que garanta a sobrevida isenta de

[180] Podem ser encontradas na Internet, várias notícias desse teor, como as seguintes: "Mulher que recusou aborto após descobrir câncer comemora Natal com a filha em Ribeirão Preto, SP", de 2019 (https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2019/12/25/mulher-que-recusou-aborto-apos-descobrir-cancer-comemora-natal-com-a-filha-em-ribeirao-preto-sp.ghtml#); e "Enfermeira Grávida com câncer terminal recusa quimioterapia e aborto, vive para dar à luz e busca tratamento alternativo", de 2024, esta dos EUA (https://www.epochtimes.com.br/enfermeira-gravida-com-cancer-terminal-recusa-quimioterapia-e-aborto-vive-para-dar-a-luz-e-busca-tratamento-alternativo_193931.html). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[181] Tal é o caso da notícia intitulada "Por que decidi ter o filho do meu estuprador", de 2017, sobre fato ocorrido no Reino Unido (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-42100365. Acesso em: 8 nov. 2024).

comorbidades e/ou sequelas graves" (p.110), mas também colacionam que "a IG a partir da qual mais da metade dos recém-nascidos sobrevive modificou-se de 30 a 31 semanas na década de 60 para 23 a 24 semanas" na primeira década deste séc. XXI (p.103; sem sublinhas no original). Além disso, informam que "vários estudos citam limites cada vez menores de IG, bem como de peso ao nascer, de tal forma que alguns centros relatam taxas de sobrevida de 41% a 48% com 23 semanas e de 20% com 22 semanas" (p.103). Trata-se de artigo antigo (de 2011), de modo que as taxas e limites de sobrevida de RN muito prematuros atualmente podem ser bem melhores.

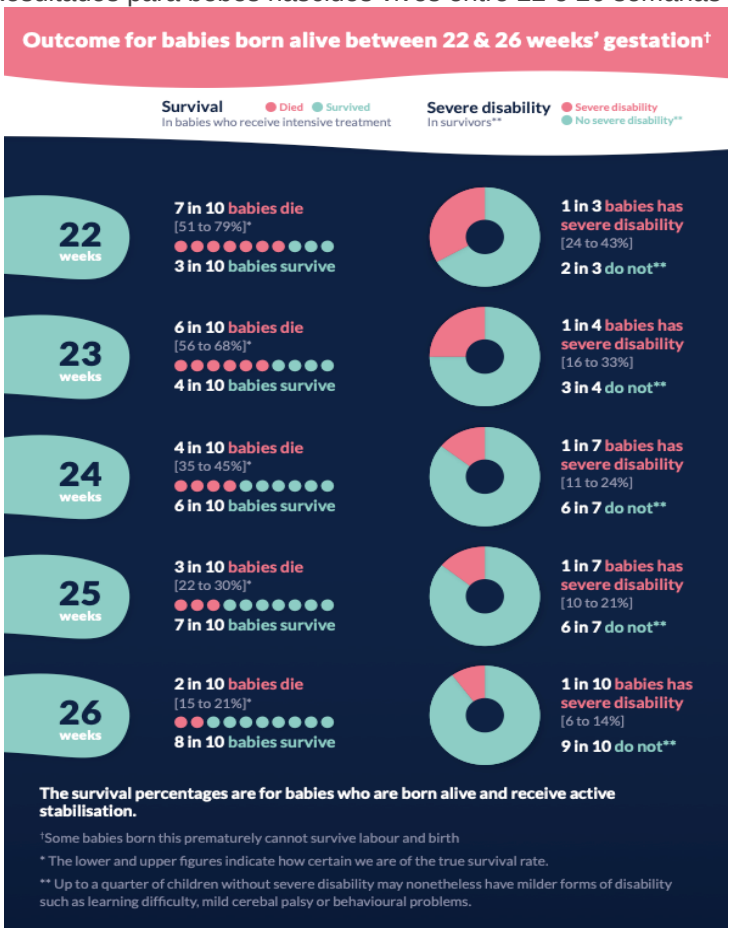
A propósito disso, o citado guia ou manual "Atenção à saúde do recém-nascido" do MS (2014a) classifica os RN com IG menor que 35 semanas como de "alto risco" (p.21) e, ao orientar quanto à "reanimação neonatal e/ou interromper as manobras", esclarece que "apesar de não existir consenso em relação ao 'quão pequeno é o pequeno', as recomendações atuais assumem que neonatos abaixo de 22 a 23 semanas de idade gestacional não apresentam viabilidade para a vida extrauterina" (p.47; sem sublinhas no original), conquanto haja casos de sobrevivência de RN com IG inferior a essa[182]. De todo modo, *a contrario sensu*, o manual indica que ao menos da IG de 22-23 semanas em diante, é possível a sobrevida do nascituro ao parto, e acrescenta um dado significativo: "na prática, a idade gestacional não é conhecida de maneira precisa em uma parcela significativa dos casos" (p.47; sem sublinhas no original).

Essas informações são ratificadas pela publicação "*Perinatal Management of Extreme Preterm Birth before 27 weeks of gestation: A Framework for Practice*", da *British Association for Perinatal Medicine* (BAPM) (2019). A associação britânica ainda verificou que "apenas uma pequena proporção de bebês nascidos com 22 semanas de gestação recebe tratamento ativo" após o nascimento e, diante disso, "existe a possibilidade de viés de seleção e os sobreviventes podem representar um subgrupo de bebês com 22 semanas de gestação com fatores de risco mais favoráveis" (p.7,

[182] Ainda que raros, há notícias de sobrevivência de prematuros com IG de cerca de vinte semanas, como se vê, p.ex., no *site* da Secretaria de Saúde do Ceará (Disponível em: https://www.saude.ce.gov.br/2020/09/04/nascida-com-cinco-meses-menor-bebe-prematura-internada-no-hrn-surpreende-pela-recuperacao/) e do Portal G1 (Disponível em: https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/03/08/bebe-mais-prematuro-da-historia-de-hospital-em-fortaleza-completa-1-ano-apos-seis-meses-lutando-para-sobreviver.ghtml). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

livre trad.)[183]. O viés de seleção consiste, p.ex., em menosprezar as chances de sobrevivência de um RN com IG a partir de 22 semanas presumidas e aplicar-lhe apenas cuidados paliativos, em vez de adotar todas as providências possíveis para a preservação da sua vida, desde o parto, valendo trazer, na Figura 5, a seguir, o infográfico "Resultados para bebês nascidos vivos entre 22 e 26 semanas de gestação" elaborado pela BAPM (2019, p. 27; livre trad.)[184], que mostra os riscos associados à IG nesse lapso temporal:

Figura 5 – Resultados para bebês nascidos vivos entre 22 e 26 semanas de gestação



Fonte: BAPM (2019, p. 27); disponível apenas em inglês.

Esse infográfico demonstra que **quanto maior a idade gestacional, maiores são as chances de sobrevivência** de **nascituros que nascem vivos e recebem estabilização ativa** (*babies who are born alive and receive active stabilisation*), e

[183] Original: "*Since only a small proportion of babies born at 22 weeks of gestation receive active treatment, there is the possibility of selection bias and survivors may represent a sub-group of 22 week gestation babies with more favourable risk factors*".
[184] Original: "*Outcome for babies born alive between 22 & 26 weeks' gestation*".

menores os riscos de eles apresentarem deficiências graves (*severe disability*) que afetem seu desenvolvimento posterior, ainda que até um quarto dos sobreviventes possa apresentar formas mais brandas de deficiência (*milder forms of disability*). Claro que há diversos fatores de risco que podem afetar a sobrevivência/ocorrência de deficiências de RN nascidos em partos prematuros, mas a IG parece ser um dos mais relevantes e, por essa razão, a BAPM (2019) recomenda uma *mudança de postura médica* em relação a RN com IG igual ou superior a 22 semanas, no sentido de proporcionar-lhes **tratamento fundamentalmente ativo com foco na preservação da sua vida** sempre que se verifique, a partir de uma criteriosa avaliação de riscos, que isso é possível, muito embora essa IG possa ser até inferior[185].

Todavia, há que se frisar que, ao lado da IG e de outras condições físicas do nascituro que permitem avaliar as chances de sobrevivência após o nascimento, os **cuidados pós-parto são essenciais** para garantir a vida do RN prematuro. Não por outra razão, o citado manual "Atenção à saúde do recém-nascido" do MS (2014a) orienta que "quando se antecipa o nascimento de um concepto de alto risco, podem ser necessários dois a três profissionais treinados e capacitados para reanimar o RN de maneira rápida e efetiva" (p.31; sem sublinhas no original), descrevendo os procedimentos para assegurar a manutenção da sua vida e evitar, quanto seja possível, complicações que lhe possam advir da prematuridade, o que exige, quase sem exceção, sua internação em unidade de tratamento intensivo (UTI) neonatal.

Dessa forma, ainda que exija procedimentos específicos e criteriosa avaliação dos riscos que possam afetar a sobrevivência do nascituro e a superveniência de deficiências, em qualquer hipótese em que juridicamente possa ser admitido o aborto, teoricamente **esse pode ser substituído pela indução do parto pré-termo com vistas a um nascimento com vida**. Essa opção, à toda evidência, demanda o cumprimento de algumas condições, como:

a) verificação, mediante avaliação médica, de que a antecipação do parto não representa risco à saúde/vida da mulher;
b) também por meio de avaliação médica, que seja realizado a partir do momento em que o nascituro apresente **reais condições de**

[185] V. nota de rodapé nº 182.

sobrevivência, aliada à **menor probabilidade de desenvolvimento de deficiências severas**;

c) autorização da mulher ou dos seus responsáveis para a antecipação do parto; e
d) disponibilidade de equipe médica/equipamentos necessários para garantir a sobrevivência do RN após o parto prematuro e a redução de riscos de deficiências (em geral, em uma UTI neonatal).

Alguém poderia argumentar que essa opção vai contra as medidas de prevenção da prematuridade, que chegou à 1ª posição em riscos de morte de RN, porém, **diante da *morte certa* representada pelo aborto** nos termos do antinômico inciso II do art. 128 do CP, a antecipação do parto para o momento em que há **chance real de sobrevivência** significa **oferecer uma *oportunidade de vida*** ao nascituro concebido em razão de estupro. Ademais, antecipar o parto **visando a obter um nascimento com vida** não configura aborto e, pois, não implica incidência da norma penal que o tipifica como crime. Obviamente, porém, não pode estar presente nenhum elemento doloso na antecipação do parto, por mínimo que seja, pois, para afastar a tipificação penal do aborto há de se **objetivar efetivamente um nascimento com vida** – o que pressupõe que o nascituro apresente reais condições de sobreviver (IG, peso *etc*.) e baixo risco de desenvolver deficiências graves – e, além disso, **adotar todas as providências para garantir sua vida após o parto**, pois, do contrário, tratar-se-á de um *arremedo de parto com vida*, **dissimulando um verdadeiro aborto** punível na forma da lei[186].

Tomados esses e outros cuidados que sejam imprescindíveis, à opção juridicamente possível de **entregar a(o) filha(o) concebida(o) em razão de estupro à adoção**, poderia ser agregada a alternativa de antecipar o parto para o **momento em que, consoante avaliação médica, o nascituro tivesse condições de sobrevivência após o nascimento com menores riscos de sofrer sequelas**. Isso reduziria o tempo de sofrimento fisiopsíquico da mulher – pela redução do tempo da gestação –, que, obviamente, necessitaria de apoio psicológico em razão do próprio estupro sofrido, mas não teria agregado ao seu sofrimento, como dito, o fato de levar

[186] Esse tema é desenvolvido um pouco mais no tópico 4.4.5.

à morte o ser humano que em seu organismo se desenvolve[187], pois o aborto, ainda que desejado, pode provocar-lhe sofrimentos mentais e até físicos futuros[188]. Para mais, seria **especialmente aplicável nas hipóteses em que o estupro é comunicado apenas quando a gestação está bastante avançada**, o que tem relação com a questão posta na ADPF/1141[189].

Aduza-se, para encerrar este tópico, que é fato sabido que equipes especializadas, UTIs neonatais *etc*. podem não estar disponíveis na unidade do SUS onde a mulher grávida vítima de estupro seja atendida inicialmente. Tal, porém, não seria por si só empecilho para a adoção da alternativa de antecipação do parto visando a um nascimento com vida, em vez da realização do aborto nos termos do antinômico inciso II do art. 128 do CP. Isso porque, **salvo nos casos de aborto necessário em regime de urgência** para salvar a vida da mulher vítima de estupro, possivelmente o parto poderia ser programado e a mulher encaminhada a unidade do SUS que pudesse prestar todo o atendimento devido a ela e ao RN, inclusive em UTI neonatal.

4.1.7 Aborto para salvar a vida da mulher vítima de estupro em grave sofrimento psíquico

Fazendo coro a Gonzaga e Silva (2019):

> [...] em nenhum momento, o presente estudo buscou desconsiderar o sofrimento enfrentado pela mulher vítima de estupro, que em virtude desse ignóbil ato de violência veio a engravidar. É notório que não se pode aplacar tal sofrimento. Esse demanda medidas especiais, desde já sugeridas, de apoio psicológico, material, espiritual, moral, entre outras, que possam fazer ressurgir a dignidade da vida, pisoteada pela conduta abominável do ferino estuprador. (Gonzaga; Silva, 2019, p. 17273–17274; sem sublinhas no original)

Casos há, todavia, em que o **sofrimento psíquico da vítima de estupro** é de tal monta que pode provocar-lhe graves transtornos mentais e até **colocá-la em risco de morte**. Em se tratando de **vítima mulher**, esse sofrimento **pode ser**

[187] Considerações da espécie talvez também estejam por detrás da motivação de mulheres que decidem levar a cabo a gestação de filhos concebidos em razão de estupro, além de outras (v. nota de rodapé nº 181).
[188] Sobre consequências negativas do aborto para a mulher, físicas e mentais, v. tópicos 4.1.7 e 4.2.14.
[189] Tópico 4.4.

agravado de forma superlativa se, da violência sexual contra ela perpetrada, **resultar gravidez**.

4.1.7.1 Sofrimento psíquico grave como fundamento para o aborto necessário

Na publicação “Saúde Brasil 2018 uma análise de situação de saúde e das doenças e agravos crônicos: desafios e perspectivas”, a Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) do MS (Brasil, 2019), utilizando dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), aborda alguns dos graves problemas advindos da violência praticada contra a mulher em dois capítulos: (a) mortalidade feminina por doenças crônicas não transmissíveis (DCNT) (cap.9, p.194-211); e (b) risco de óbito por causas externas, incluídas as lesões autoprovocadas e o suicídio (cap.10, p.213-232). O primeiro capítulo consiste em um estudo exploratório que compara os índices de mortalidade de mulheres por DCNT – tais como cardiovasculares, respiratórias crônicas, câncer, diabetes – com e sem notificação prévia de violência contra elas praticada. Trata-se de “um tema instigante ainda muito pouco investigando no Brasil: a provável relação das experiências de violência e o desenvolvimento de DCNT” (p.206; sem sublinhas no original) e, em verdade:

> A relação entre os eventos estressantes e traumáticos, como situações de violência, acidentes e desastres e as DCNT ainda não estão bem descritos. No entanto, acredita-se que essa relação ocorre de modo direto e indireto. Diretamente, podem gerar desregulação em diversos sistemas do organismo humano, incluindo o sistema neuroendócrino, imune, metabólico e cardiovascular, mesmo na ausência de problemas psicológicos; e de forma indireta, pelo aumento da adoção de comportamentos de risco à saúde. (Brasil, 2019, p. 197; sem sublinhas no original)

Destarte, a violência contra a mulher “vem sendo associada a um maior risco direto e indireto de desenvolverem doenças crônicas, como as doenças cardiovasculares, gastrointestinais, câncer, doenças respiratórias, artrite, doenças mentais como depressão, ansiedade e ideação suicida”, além de outros comportamentos danosos à sua saúde, como “comportamentos de risco à saúde para HIV, uso de bebida alcoólica, tabaco, cannabis, uso de sedativos não prescritos e analgésicos” (p.196-197; sem grifos no original). Esse trabalho aponta que “a violência não só constitui um fator de risco para doenças e problemas mentais, mas também

está levando a mortes prematuras de mulheres por DCNT" (p.209; sem sublinhas no original). Ademais, observou-se que "as taxas médias anuais de mortalidade por DCNT foram maiores em mulheres com notificações de violências em todo o curso da vida em comparação com mulheres para as quais não houve notificação" e que "em todas as faixas etárias, as razões mais elevadas se encontram no grupo de 'desordens mentais e uso de substâncias'" (p.195; sem sublinhas no original), e que "as mulheres que sofreram violência sexual são 2,3 vezes mais propensas a desenvolver distúrbios relacionados ao álcool e 2,6 vezes mais propensas a sofrer de depressão ou ansiedade" (p. 206; sem grifos no original), que agravam o risco de suicídio.

O segundo tema destacado da publicação Saúde Brasil 2018 (Brasil, 2019) também compara as situações de prévia notificação, ou não de violência contra as mulheres, mas centra seu foco nos índices de mortalidade por causas externas, compreendendo, além da violência interpessoal, a **lesão autoprovocada** e o **suicídio**. Os números obtidos falam por si sós:

> De 2011 a 2016, no Brasil, 6.393 mulheres com notificação de violência morreram por causas externas. Isso representou a média de 1.065 mulheres a cada ano ou três a cada dia. ([...]). (Brasil, 2019, p. 220)
> As taxas médias anuais de mortalidade por causas externas foram maiores em mulheres com notificações de violências, em todas as faixas etárias, em comparação com mulheres sem notificação.
> A taxa média anual de mortalidade por causas externas em crianças com notificação de violência foi 336,7 por 100 mil. Nesse grupo o óbito por violências autoprovocadas e interpessoais foi 256,1 vezes maior em comparação com as crianças sem notificação de violência ([...]).
> Entre as adolescentes e jovens com notificação de violência, as taxas médias anuais de mortalidade por causas externas foram 518,4 por 100 mil e 802,1 por 100 mil, respectivamente. O risco de morrer por violências autoprovocadas ou interpessoais foi 90,5 vezes maior entre as adolescentes com notificação de violência. Em relação às mulheres jovens, o risco de morrer por violências autoprovocadas ou interpessoais foi 85,6 vezes maior naquelas com notificação de violência ([...]).
> Considerando-se as mulheres adultas com notificação de violência, a taxa média anual de mortalidade por causas externas foi de 1.170,0 por 100 mil. Ou seja, uma em cada 100 mulheres adultas com notificação de violência morreu por causas externas em um ano do período. O maior risco nesse grupo foi o óbito por violências autoprovocadas e interpessoais, 151,5 vezes maior em comparação com mulheres adultas sem notificação ([...]).
> Já em relação às mulheres idosas com notificação de violência, a taxa média anual de mortalidade por causas externas foi de 2.173,2 por 100 mil. Ou seja, duas em cada 100 mulheres idosas com notificação de violência morreu por causas externas em um ano do período. O maior risco nesse grupo também foi o óbito por violências autoprovocadas e interpessoais, 311,4 vezes maior em comparação com mulheres adultas sem notificação ([...]). (Brasil, 2019, p. 223–224; sem sublinhas no original)

No que interessa mais de perto à questão do sofrimento psíquico grave da mulher, “a lesão autoprovocada representou 40,4% do total de notificações, sendo mais elevada entre mulheres idosas (49,9%) e adultas (47,9%)” (Brasil, 2019, p. 221; sem sublinhas no original). “No caso das mulheres adultas, jovens e adolescentes é preocupante a proporção de violências autoprovocadas”, o que, de um lado, aponta que isso pode “ser consequência da exposição a situações de violências, especialmente a sexual” e, de outro, “alerta para o risco de suicídio nesses grupos” (p.228; sem sublinhas no original).

> A lesão autoprovocada foi um importante tipo de violência encontrado, especialmente entre as mulheres adultas e idosas. Cabe destacar que a violência crônica tem sido considerada um fator de risco para lesão autoprovocada, que por sua vez é considerada fator de risco para suicídio. Pesquisas realizadas na América Latina e Caribe demonstraram que grande percentual de mulheres vítimas da violência praticada pelo parceiro íntimo informou sofrer de ansiedade ou depressão muito intensas, e teve maior probabilidade de cogitar ou tentar suicídio. (Brasil, 2019, p. 227; sem sublinhas no original)

Nenhum desses trabalhos aborda, específica e detidamente, a violência sexual, nem situações que envolvem aborto, porém, deles fica evidente que a violência de qualquer espécie contra a mulher, mas em particular a violência sexual, pode provocar severas consequências de natureza psicológica, inclusive transtornos mentais, que, por sua vez, podem ensejar a prática de autolesões que ocasionem risco de morte e aumentar o risco de suicídio. Do mesmo modo, parece intuitivo que, no caso de **gravidez resultante de estupro**, além de o **risco de suicídio** possivelmente ser mais elevado, **as lesões autoprovocadas** pela mulher podem ser oriundas de **tentativas de abortar** e implicarem **risco de morte**. Obviamente, tais situações de **risco direto e premente para a vida** da mulher vítima de estupro do qual resulte gravidez **não são, nem jamais poderão ser desprezadas pelo Direito** e, certamente, um sistema jurídico, como o brasileiro, que valoriza a vida humana, **há de ter um mecanismo para preservar a vida da mulher também nessas hipóteses**.

Sem dúvida, o sistema jurídico brasileiro contempla mecanismo para esse fim: a **excludente de punibilidade do aborto necessário**, prevista no inciso I do art. 128 do CP, que, no entender deste autor, não se limita a causas físicas, mas, **abrange, igualmente, o grave sofrimento psíquico da mulher** que signifique risco de

suicídio ou de **lesões autoprovocadas que possam levá-la à morte**. Aduza-se que esse entendimento se conforma ao item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, exarado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, na parte em que preconiza o dever de os Estados Partes garantirem "acesso seguro, legal e eficaz ao aborto sempre que esteja em risco a vida e saúde da mulher ou jovem grávida[190], ou nos casos em que levar a gravidez até ao seu termo comporte dor ou sofrimento substancial para a mulher ou jovem grávida, nomeadamente quando a gravidez resulte de violação [estupro] ou incesto ou não seja viável" (p.2; sem sublinhas no original). Em outras palavras, o que autoriza o aborto, para os comentadores do art. 6º do PIDCP, em realidade, **não é o fato do *estupro em si*** (ou do incesto, ou da inviabilidade do nascituro), **mas o sofrimento psíquico** que isso pode provocar na mulher, que pode ser de **gravidade tal** que coloca sua **vida em risco**.

Nessa linha, saliente-se que **há uma sutil, mas profunda diferença jurídica** entre a excludente do inciso I e a do inciso II do art. 128 do CP, quando se analisa seus respectivos **fundamentos**: no **inciso II**, é o fato da gravidez resultante de estupro, ou o estupro em si e **não se perquire** se há ou não **risco para a vida da mulher**; já no **inciso I**, é a **preservação da vida da mulher** quando ***não há outro meio de salvá-la***. Aqui, **no inciso I**, o que importa é preservar a vida da mulher e o aborto se faz imprescindível para essa finalidade, o que é **coerente com o sistema jurídico brasileiro**, sem nenhuma sombra de dúvida. Todavia, lá, no **inciso II**, basta que tenha havido estupro e dele haja resultado gravidez, para que a vida do nascituro seja suprimida mediante aborto, e eventual **risco à vida ou saúde da mulher é totalmente irrelevante**, donde a sua prefalada **incoerência, em relação ao sistema jurídico nacional**.

A propósito, Madge Porto (2023), na sua análise dos argumentos dos grupos pró e contra a descriminalização do aborto no Brasil, utilizados na audiência pública realizada no âmbito da ADPF/442 quanto à "estratégia de persuasão utilizada para o convencimento do STF" (p.5), conclui que os dois grupos de certo modo se alinham na defesa da saúde mental da mulher, ainda que persigam objetivos distintos: um, a descriminalização mais ampla do aborto no Brasil; outro, a manutenção da

[190] A versão do Comentário Geral nº 36 empregada é uma tradução para a língua portuguesa falada em Portugal e alguns termos podem ser adaptados à língua falada no Brasil, como, *in casu*, o termo *rapariga*, que foi substituído por *jovem*. Esse comentário será tratado com mais detença à frente (em especial, tópico 4.2.12).

penalização tal qual prevista no CP, mas admitindo que possa ser empregado para resguardar também a saúde mental da mulher. Dessa feita, a “defesa da vida da mulher se amplia quando passa a ter importância a saúde mental” (p.13). Na verdade, porém, não se trata de uma *ampliação*, propriamente dita, de vez que **essa alternativa sempre esteve presente no ordenamento jurídico pátrio**. O que, todavia, é necessário é o reconhecimento claro e preciso de que, **em situações de sofrimento psíquico que afete gravemente a saúde mental da mulher**, podendo levá-la a autolesões que lhe podem causar a morte e até ao suicídio, ou seja, **que coloquem sua própria vida em risco**, é possível realizar o *aborto necessário*, com fundamento e observados os termos do **inciso I do art. 128 do CP**, e adiante-se, **independentemente da causa da gravidez**, pois o que importa, nessa excludente de punibilidade do aborto, é **ser imprescindível para preservar a vida da mulher**.

Essa **mudança de perspectiva quanto à fundamentação jurídica**, entretanto, se faz **mandatória** e não prescinde de **avaliação médica quanto aos riscos do ponto de vista psíquico/psicológico** que a gravidez representa para a vida da mulher, particularmente a resultante de estupro, de modo que:

a) casos da espécie demandariam, como é cediço, **atendimento prioritário e absolutamente preparado e cuidadoso** às mulheres vítimas de estupro desde o primeiro momento, quer em Deam, quer em unidade do SUS ou de outros serviços médicos, sendo que estes hão de fornecer **atendimento psicológico/psiquiátrico**, com vistas a **prevenir** riscos de lesões autoprovocadas e/ou de tentativas de suicídio;
b) já no atendimento inicial, haveria de ser fornecida orientação quanto à contracepção de emergência e, se dentro do prazo para tanto e autorizada pela mulher ou responsáveis, ministração do contraceptivo de emergência;
c) havendo gravidez e **sendo constatado**, em avaliação médica, que **da gravidez resultam riscos prementes de morte** (por risco de lesões autoprovocadas pela mulher, ou de tentativa de suicídio) e que **só o abortamento é capaz de elidi-los**, estariam, em tese, presentes as condições legais para a incidência da excludente de punibilidade do aborto previstas no inciso I do art. 128 do CP, de modo que o procedimento poderia ser realizado, ao amparo dessa excludente de punibilidade, presente a autorização da vítima ou seus responsáveis; e

d) não menos importante, previamente à sua realização seria necessário prestar todas as informações necessárias à mulher e/ou seus representantes legais, abrangendo as possíveis consequências do abortamento que podem se manifestar futuramente e causar-lhe outros danos, abarcados os de natureza psicológica/psíquica e mesmo possível superveniência de DCNT, como apontado na publicação Saúde Brasil 2018 (Brasil, 2019), pois o próprio abortamento pode configurar evento traumático para a mulher e marcar seu inconsciente, manifestando-se negativamente no futuro[191].

4.1.7.2 Cuidados a serem adotados por médicos e demais profissionais de saúde

Aduza-se uma ponderação que, por prudência, há de ser levada em conta, em particular pelos profissionais de saúde: as situações de sofrimento psíquico, principalmente de natureza grave, podem **comprometer a capacidade de discernimento de qualquer pessoa**, pois é indubitável que podem abalar sua saúde mental e interferir negativamente nos seus processos cognitivos. Não é, pois, diferente a situação da mulher vítima de estupro que, por força desse, tenha engravidado. Porém, ainda que a **capacidade de discernimento da mulher a respeito da realização de um aborto esteja comprometida**, qualquer que seja a fundamentação jurídica que o justifique – inclusive o antinômico inciso II do art. 128 do CP –, **ela jamais poderá ser forçada ou induzida a realizá-lo**, por quem quer que seja, mas especialmente pelos profissionais de saúde, sob pena de tipificação do crime de aborto previsto no art. 125 do CP.

Esse é um ponto muito delicado, pois, diante de uma mulher em sofrimento psíquico grave decorrente de gravidez resultante de estupro e que possa apresentar risco de tirar a própria vida ou de se infligir lesões que a conduzam à morte, talvez a primeira ideia que passe aos profissionais de saúde que a atendam seja recomendar o aborto. Porém, esses profissionais têm de tomar **extremo cuidado**, seja **para recomendar**, seja para **não recomendar o aborto**, tendo em conta que, se a capacidade de discernimento da mulher em sofrimento psíquico grave estiver

[191] Tópico 4.2.14.

comprometida, o risco de suicídio ou de lesões autoprovocadas **pode decorrer**, não do fato da gravidez, mas **do fato do estupro em si**, e não se pode descurar que ela pode, *conscientemente*, desejar o aborto, mas, *inconscientemente*, negar-se a ele[192]. Se assim for, a realização do aborto, **presente ou futuramente poderá afetar negativamente sua saúde mental** (riscos de transtornos mentais, autolesões e suicídio) **e até física** (riscos de DCNT).

Não se pode esquecer que há, aí, **dois fatos:** o **estupro** e a **gravidez** dele decorrentes. Embora normalmente vistos em conjunto, **não são um mesmo e único fato** e podem gerar **consequências psíquicas/psicológicas diferentes na mulher**. Disso resulta que o risco de autolesões/suicídio pode se verificar **mesmo se do estupro não resultar gravidez**, donde é indispensável, em qualquer situação, o atendimento e o acompanhamento cuidadosos das vítimas desse e de quaisquer outros crimes de natureza sexual por profissionais da saúde devidamente habilitados, o que se deduz já da publicação Saúde Brasil 2018 (Brasil, 2019)[193].

Para que não restem dúvidas: **a mulher que sofre um estupro** – dele decorra ou não gravidez, mas em especial se decorrer – **merece e deve ter toda a atenção necessária** dos profissionais de saúde, seja no SUS, seja em outros serviços, e é cabível, como afirmado, aplicar a excludente de punibilidade do inciso I do art. 128 do CP para promover o aborto, quando houver **risco de morte iminente**, como consequência de sofrimento psíquico grave, e não houver outro meio de evitá-lo. Porém, repita-se: esses profissionais devem tomar **extremo cuidado para avaliar a situação**, de modo a identificar inclusive se o aborto, porventura, não agravará as condições de saúde mental e até física da mulher, no presente ou no futuro.

Qualquer que seja a situação, porém, algo mais ainda há de ser dito: **o aborto não deve ser encarado como a primeira opção para salvar a vida da mulher, mas como a última!** Enfatize-se que a redação exata do inciso I do art. 128 do CP começa com "se não há outro meio". Daí fica claro que **a excludente somente se aplica**

[192] Há, ainda um outro risco, mas esse para médicos e outros profissionais de saúde que recomendarem/realizarem o aborto, pois a mulher futuramente pode alegar (verdadeiramente ou não) que *não desejava o aborto* e que foi a ele *induzida* (e até *forçada*), quando *não estava na posse plena das suas capacidades cognitivas*, e acusá-los do crime previsto no art. 125 do CP e/ou exigir-lhes reparação de danos por ela real ou supostamente sofridos.

[193] Em realidade, esses cuidados devem ser adotados não só no caso de mulheres vítimas de crimes sexuais, mas também em relação a homens vítimas dos mesmos crimes, e estudos semelhantes aos da publicação Saúde Brasil 2018 (Brasil, 2019) haveriam de ser desenvolvidos em relação ao público masculino (v. tópico 5.3).

quando o aborto é a derradeira opção para salvar a vida da mulher, seja quando não há outra que possa alcançar igual desiderato de proteger sua vida, sem que haja necessidade de tirar a vida do nascituro, seja quando qualquer outra opção implique agravamento do risco de morte da mulher[194]. Essas e outras medidas haveriam de ser previstas em normas, no mínimo infralegais[195], para completar o arcabouço jurídico que emprestaria total coerência jurídica ao aborto no caso de gravidez resultante de estupro para salvar a vida da mulher, nos termos do inciso I do art. 128 do CP.

4.1.8 Persecução penal como meio de prevenir e erradicar o crime de estupro

A respeito do estupro e do aborto em caso de estupro, convém abordar um outro aspecto para concluir um raciocínio iniciado acima, quando se anotou que, se do exame genético do *aborto* em sentido próprio, ou seja, do pré-embrião/embrião/feto resultante do abortamento, **não se verificar a paternidade do agente do crime de estupro**, não haverá a incidência da excludente de punibilidade do antinômico inciso II do art. 128 do CP. Isso é francamente possível, pois **a mulher** – mesmo quando se enquadra no conceito de vulnerável de que trata a parte final do § 1º do art. 217-A do CP[196] – **pode ter mantido relações sexuais voluntárias com outro(s) homem(ns)**

---

[194] É óbvio que a avaliação médica que culmine na recomendação do aborto necessário haverá de ser *verdadeira*, assim como laudos e avaliações de outros profissionais da saúde que a instruam. Nem seria preciso dizer isso, mas, se hoje há médicos e outros profissionais da saúde que realizam abortos ilegais e procedimentos defesos pela lei, fazendo ouvidos moucos aos seus deveres éticos e perpetrando crimes, é crível pensar que facilmente se prestariam à emissão de *avaliações* e/ou *laudos inverídicos* para caracterizar eventual aborto como *necessário por sofrimento psíquico grave*, inclusive mancomunado com mulher grávida que sequer sofrera estupro ou violência sexual, mas encontrou nisso – até por sugestão de profissional da saúde – a *solução* para o seu *problema*. Situações que tais são execráveis e, vindo a lume, hão de ser investigadas, não só no âmbito penal, mas também ético.

[195] Como as que versam sobre o "Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS", de que se falará logo à frente.

[196] A vulnerabilidade de que trata o § 1º do art. 217-A do CP não se restringe à hipótese de a vítima (mulher ou homem) não ter o "necessário discernimento para a prática do ato", pois abrange, também, situações em que ela "não pode oferecer resistência". Independentemente de gerar polêmicas, afirma-se que a última hipótese não elimina situações em que a pessoa deseje manter e voluntariamente mantenha relações sexuais, pois, ainda que esteja desprovida, transitória ou permanentemente, da capacidade de oferecer resistência, pode manter incólume sua capacidade cognitiva, como em geral são os casos, p.ex., de pessoas vitimadas por tetraplegia resultante de lesão no SNP (medula espinhal), sem reflexos no SNC. Dessa forma, considerar que todo e qualquer tipo de relação sexual (na forma da lei: *conjunção carnal* ou *ato libidinoso*) com pessoa que *não pode oferecer resistência* constitui, sem exceção, *estupro de vulnerável* implica ofensa ao próprio princípio da liberdade sexual dessa pessoa (mulher ou homem), pois, apesar de se encontrar nessa situação, não deixa de ter desejo sexual e, obviamente, não pode ser tolhida na sua vontade de satisfazê-lo por uma norma penal que deve proteger os seus direitos, e não os limitar indevidamente.

– marido/companheiro, namorado, noivo, ou até alguém que conheceu ocasionalmente – **no mesmo período fértil** em que sofreu o estupro, e **até pouco antes** da perpetração do crime contra ela.

4.1.8.1 Ação penal pública incondicionada para apuração de estupro e outros crimes sexuais

Até relativamente pouco tempo atrás, a ação penal relativa ao crime de estupro e outros crimes de natureza sexual somente se processava a partir de queixa-crime/representação formulada pela vítima ou seu representante legal. Contudo, a partir da edição da **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que modificou a redação do art. 225 do CP**, a apuração do crime de estupro e outros crimes contra a liberdade sexual ou crimes sexuais contra vulneráveis "procede-se mediante ação penal pública incondicionada". Dessa forma, **não mais é exigida queixa-crime ou representação**, nem qualquer outro tipo de *autorização* ou *consentimento* da(o) ofendida(o) ou seu representante legal para tal desiderato. Trata-se de crime cuja ocorrência **deve ser apurada pelo Estado** sempre que receber **notícia-crime** oferecida por **qualquer pessoa ou entidade**, independente de manifestação de vontade da vítima/seu representante legal, **cabendo-lhe proceder à investigação criminal** e, se dela resultarem indícios suficientes do cometimento do crime e da sua autoria, **competirá ao Ministério Público oferecer a denúncia**, observados os dispositivos do CP, do Código de Processo Penal (CPP) e demais normas legais aplicáveis.

Vale atentar que, da superveniência da atual redação do art. 225 do CP, também resulta que, na forma do art. 66 da Lei de Contravenções Penais (LCP) (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), **consiste em *contravenção penal*** "deixar de comunicar à autoridade competente", a **ocorrência do crime de estupro**, como de outro qualquer crime de natureza sexual ou não que se proceda mediante ação penal pública incondicionada: (a) "de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação"; ou (b) "de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária,

desde que se trate de ação penal pública incondicionada e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal”[197/198].

4.1.8.2 Determinação do perfil genético do acusado do crime de estupro

Como dito, a norma penal, inclusive quando altera o caráter da ação penal, por si só, não produz a redução da criminalidade; ela apenas pune as ações e omissões que tipifica como crime ou contravenção penal, ou as isenta de punibilidade. Porém, **a persecução penal pelo Estado**, quando da **notícia da ocorrência de crimes** e contravenções penais, com a escorreita instrução do inquérito policial e do processo penal, mediante o **meticuloso carreamento de provas** e a cuidadosa observância dos princípios constitucionais aplicáveis, da qual resulte o **apenamento dos(as) seus(suas) agentes** na forma da lei, isso sim **pode influir positivamente na redução das taxas de criminalidade** no Brasil, na medida em que **arreda a nefasta sensação de impunibilidade** que parece grassar em muitos nichos da sociedade brasileira.

Os primeiros passos para a persecução penal dos acusados do cometimento de quaisquer crimes de ação penal pública incondicionada, incluídos os crimes de natureza sexual, são, justamente, a **coleta de provas**, com a escrupulosa **preservação da cadeia de custódia**, e o **oferecimento da notícia-crime**, na forma da lei penal, processual penal e demais normas jurídicas aplicáveis. Tais providências decorrem de normas legais vigentes, mas não se encontrou publicação do Governo Federal mais recente, em relação a procedimentos relativos à violência sexual, que o citado manual “Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com

---

[197] Observe-se que, *in casu*, se trata da comunicação de crime de estupro contra a vítima atendida por médico ou outro profissional de saúde, o que não tem o condão de expô-la a investigação criminal. Situação diversa se verifica se, tendo ocorrido gravidez, for realizado aborto nos termos do antinômico inciso II do art. 128 do CP e não se comprovar a paternidade do acusado de estupro, como se verá em seguida, mas, daí, tratar-se-ia de outro crime: o de aborto.

[198] O PL 2794/2020, em tramitação na Câmara dos Deputados, objetiva a tipificação dessas contravenções como crime, com aumento da pena. Da justificativa do PL se colhe: “Levando-se em consideração que a conduta de prevaricação sempre causa danos à ordem pública, quanto mais nas hipóteses especificadas, eis que determinadas condutas delituosas deixam de chegar ao conhecimento das autoridades competentes, que, por conseguinte, acabam por não conseguir empregar os meios eficazes e cabíveis para coibir as correspondentes práticas, a exemplo do que acontece nos crimes contra a liberdade sexual, cuja ação penal, desde o advento da Lei no 13.718/2018, passou a ter a natureza de ação penal pública incondicionada, está mais do que justificada a necessidade de classificar as condutas acima descritas como sendo crimes, revogando-se, pois, o artigo 66 e respectivos incisos do Decreto-Lei no 3.688, de 3 de outubro de 1941” (LCP) (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1896043&filename=PL%202794/2020. Acesso em: 8 nov. 2024).

registro de informações e coleta de vestígios" (Brasil, 2015), voltado mais especificamente à proteção das mulheres. Por ser anterior à Lei nº 13.718, de 2018, esse manual ainda traz orientações como as seguintes:

> A realização do registro de informações e da coleta de vestígios no momento do atendimento em saúde contribui para a humanização da atenção e, em especial, para o combate à impunidade, considerando a oportunidade de sua realização nas primeiras horas após a violência. Este proceder permite que as informações e vestígios da violência estejam devidamente registrados, armazenados e disponíveis para os sistemas de segurança pública e de justiça quando a pessoa em situação de violência decidir registrar a ocorrência na polícia. (Brasil, 2015, p. 12; sem sublinhas no original)
> Na saúde, não é necessário o registro de boletim de ocorrência para o atendimento. Se a pessoa não deseja registrar o boletim de ocorrência, sua vontade deverá ser respeitada, sem prejuízo ao atendimento integral à saúde e de todas as orientações necessárias sobre seus direitos.
> [...]
> Se a pessoa em situação de violência decidir pelo registro policial, tais informações e materiais serão encaminhados à autoridade policial, quando requisitados.
> [...]
> Esta Norma Técnica trata das situações em que há possibilidade de realização do registro de informações e coleta de vestígios da violência sexual pelos(as) médicos(as) do SUS nos serviços de referência aptos/habilitados para este atendimento.
> Enfrentar a violência contra as mulheres exige, acima de tudo, a construção de condições para que possam escolher e decidir, a partir das informações qualificadas sobre todos os seus direitos, sobre os serviços especializados e sobre os procedimentos para a denúncia da violência sofrida, contribuindo dessa forma para sua autonomia. A decisão da mulher deverá sempre ser respeitada! (Brasil, 2015, p. 12; sem sublinhas no original)

Se, à época da edição do referido manual, essas orientações se amoldavam à legislação então vigente, hoje já não mais se lhe adequam, pois haveriam de prever, no mínimo, que é possível o oferecimento de notícia-crime de estupro – ou outros crimes de natureza sexual – independentemente de anuência da vítima ou de seu representante, porquanto **é dever legal do Estado proceder à persecução penal dos acusados**. Nada obstante, vigora o princípio jurídico *ignorantia legis non excusat*[199], de modo que a ausência de recomendação expressa de oferecimento de notícia-crime em casos que tais não impede a sua realização, mas, de todo modo, isso dificulta a persecução penal de agentes de crime de estupro e **coloca médicos e outros profissionais da saúde**,

[199] LICC: "Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece".

especialmente os que atuam no SUS, **sob o risco de**, por seguirem norma técnica obsoleta, **incidirem em contravenção penal** (LCP, art. 66).

Por outro lado, ainda que flagrantemente desatualizado nesse aspecto, o manual traz orientações quanto à coleta de material biológico "tanto para a comprovação material do crime alegado, como para a identificação e responsabilização do(a) autor(a)" (Brasil, 2015, p. 20; sem sublinhas no original), como as presentes no trecho a seguir:

> **Coleta de Material Biológico para Exames de DNA**
> A coleta de material biológico (amostra de referência da vítima e vestígios) é extremamente importante para a identificação do(a) agressor(a) por meio de exames de DNA.
> A pessoa em situação de violência, seu familiar ou responsável legal deverá consentir e assinar o Termo de Consentimento Informado (Anexo A) antes da coleta de material biológico ser realizada.
> A coleta do material biológico no corpo da vítima deve ser realizada o mais rapidamente possível a partir do momento da agressão sexual. A possibilidade de se coletar vestígios biológicos em quantidade e qualidade suficientes diminui com o passar do tempo, reduzindo significativamente após 72h da agressão.
> O(a) médico(a) responsável pela coleta deve estar ciente da possibilidade de haver vestígios do(a) agressor(a) não somente nas regiões genital e anal, mas também em outras locais do corpo da vítima, como, por exemplo, regiões mamárias e peitoral, e ainda em objetos e roupas.
> Durante a coleta, deve-se assegurar que o material coletado não seja contaminado com outros materiais biológicos presentes no ambiente ou pelo DNA da pessoa que coletou a amostra. Deverão ser utilizadas luvas descartáveis, máscara e outros materiais e instrumentos esterilizados como, por exemplo, *swab*, pinça, tesoura etc. (Brasil, 2015, p. 26; sem sublinhas no original)

Desnecessário reproduzir outras orientações desse manual – que entram em detalhes mais específicos da coleta –, mas percebe-se, além da importância dada à coleta de vestígios que possam levar à comprovação material da ocorrência do crime e à identificação do seu agente, que as orientações citadas já admitem a mulher como agente do crime de estupro, em função das alterações introduzidas no CP pela Lei nº 12.015, de 2009, e levam em conta o disposto na Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, "sobre a identificação criminal do civilmente identificado", com a redação dada pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012[200]. No que tange à identificação de acusados de crimes, a legislação atual autoriza a "coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético" do(a) identificado(a) criminalmente, (Lei nº 12.037, de

[200] Essa lei também alterou a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais).

2009, art. 5º, parágrafo único), o que é, sem dúvida, elemento de vital importância em qualquer ação penal, mas em particular, na relativa ao crime de estupro[201].

O manual "Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual" (Brasil, 2015), todavia, não contempla – e nem poderia, pois posteriores à sua edição – as obrigações que decorrem dos arts. 158-A a 158-F, acrescidos ao CPP pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019[202]. Esses dispositivos tratam da **cadeia de custódia das provas**, ou seja, "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes" (CPP, art. 158-A).

Veja-se que, antes disso, o *caput* do art. 158 do CPP determinava que "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto", e seu parágrafo único, inserido pela Lei nº 13.721, de 2 de outubro de 2018 – também posterior ao referido manual –, determina que se deve dar "prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva" a ocorrência de "violência doméstica e familiar contra mulher", ou "violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência" (respectivamente, incisos I e II). Nesse contexto, "o agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação" (CPP, art. 158-A, § 2º).

Não se entrará no exame sobre a *medida da desatualização* do manual em tela, em relação às alterações promovidas no CPP pela Lei nº 13.721, de 2018, e pela Lei nº 13.964, de 2019. Impende, todavia, realçar que a legislação atual determina, de um lado, a identificação do perfil genético dos(as) acusados(as) de crimes, inclusive de crimes sexuais, e, de outro, a adoção de medidas visando à preservação da cadeia de custódia das provas relativas a esses crimes, o que **há de ser regulado pelo Governo Federal, de forma a atender às prescrições legais** e a **orientar corretamente médicos e outros profissionais de saúde** e agentes públicos que

[201] Consoante parágrafo único do art. 5º da Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, "a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético", devendo ser observado, no mais, o disposto nos seus art. 5º-A, 7º-A e 7º-B, todos acrescidos pela Lei nº 12.654, de 2012.
[202] Alguns dispositivos da Lei nº 13.964, de 2019, foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), que tramitam no STF, mas, do que se apurou, não respeitam aos arts. 158-A a 158-F incluídos no CPP.

atuam no SUS, Deam *etc*., **quanto aos seus deveres**, que serão vistos na sequência, principalmente em relação a crimes de estupro cometidos contra mulheres[203].

4.1.8.3 Determinação do perfil genético do nascituro concebido em consequência de estupro

Tendo resultado gravidez de estupro e tenha ou não sido realizado aborto, mesmo que nos termos do antinômico inciso II do art. 128 do CP, o **exame genético do nascido vivo ou do nascituro abortado** para a identificação do seu ***perfil genético***, nos termos da redação atual da Lei nº 12.037, de 2009, também é **elemento de extrema relevância na ação penal para a apuração do crime de estupro**, seja o agente do crime conhecido ou não, notadamente se não foi possível a coleta de vestígios do crime no corpo da vítima, como previsto no manual "Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual" (Brasil, 2015) que, nesse passo, está atualizado. Colhido ou não material biológico do corpo da vítima, o **perfil genético do nascituro** pode, por óbvio, **comprovar a identidade do acusado**, presente ou futuramente. Dessa feita, se o acusado for conhecido ou identificado depois, de ordinário duas hipóteses podem ocorrer:

a) se o perfil genético do acusado coincidir com o do nascituro abortado, conforme apurado em laudo pericial[204], ficará comprovada a sua paternidade e não subsistirão dúvidas da ocorrência de conjunção carnal, completa ou incompleta, entre ele e a vítima, restando demonstrado ao menos um dos elementos caracterizadores do crime de estupro; além disso, se o aborto se der nos termos do antinômico inciso II do art. 128 do CP, incidirá a excludente de punibilidade ali prevista;
b) já **se o perfil genético do acusado não coincidir com o do nascituro abortado**, isso **não elimina**, de imediato, **a ocorrência do crime de estupro**, pois sua atual tipificação penal não se restringe ao constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, de *conjunção*

[203] Mais uma vez se recorda, que, na atualidade da legislação penal brasileira, os homens também podem ser vítimas do crime de estupro, inclusive tendo mulheres como suas agentes, e, pois, as normas do Governo Federal a respeito de violência sexual devem abrangê-los (tópico 5.3).
[204] Nos termos do § 3º do art. 5º-A da Lei nº 12.037, de 2009, "as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado".

carnal e inclui a prática de *qualquer outro ato libidinoso*; todavia, se o abortamento se fundou na **excludente de punibilidade do antinômico inciso II do mesmo artigo**, essa hipótese **resta afastada** – pois fica demonstrado que a gravidez não resultou do estupro – e, consequentemente, **o abortamento levado a efeito poderá configurar crime de aborto**, em alguma ou algumas das modalidades previstas no CP, e será necessário dar início à investigação criminal para apurar eventual ocorrência desse(s) crime(s), paralelamente à da ocorrência do crime de estupro[205].

Seja por uma, seja por outra razão, nos crimes de estupro de que resulte gravidez, **a determinação do perfil genético do nascituro**, abortado ou não, **é imprescindível à investigação criminal**, inserindo-se nas obrigações que decorrem dos arts. 158-A a 158-F, acrescidos pela Lei nº 13.964, de 2019, ao CPP.

Evidentemente, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", em sentido estrito (CF, art. 5º, II), e pode haver dúvida sobre se médicos e outros profissionais que atuam em serviços de saúde, notadamente do SUS, estão obrigados a comunicar à autoridade policial a ocorrência do crime de estupro (posto que já obrigados a preservar as suas *possíveis evidências materiais etc*.; CPP, art. 158-A, § 2º) e, mesmo que consoantes às alterações na legislação penal e processual penal referidas, normas infralegais podem ser insuficientes para isso. Porém, **há normas legais que obrigam o oferecimento de notícia-crime no caso de estupro**, com a concomitante coleta das provas pertinentes, que dizem respeito, em particular, à **violência sexual** contra a **mulher** em geral, contra **crianças e adolescentes** e contra **pessoas idosas**.

4.1.8.4 Deveres de médicos/outros profissionais que atuam na qualidade de agentes públicos

Antes de prosseguir, nota-se que nem o CP, nem o CPP trazem uma definição de *agente público*, a que se refere o § 2º do art. 158-A do CPP, mas o primeiro define

[205] Nesse caso, o médico não incide na contravenção prevista no art. 66 da LCP, se deixar de dar notícia da possível ocorrência de crime de aborto, mas continua obrigado a noticiar o crime de estupro (v. nota de rodapé nº 197).

“funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública” (CP, art. 327, *caput*), a ele equiparando “quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública” (CP, art. 327, parágrafo único). Uma definição própria de *agente público*, por sua vez, pode ser encontrada na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), nos seguintes termos: “consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades aludidas no art. 1º” da mesma lei (art. 2º). Verifica-se, pois, que a definição legal de *agente público* corresponde, em essência, à de *funcionário público* e a Corregedoria Geral da União (CGU) (Brasil, 2022a), com acerto, esclarece que *agente público* configura um “gênero”, pois nesse conceito se enquadra “todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, que exerce funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública” (não p.; sem sublinhas no original).

Seja como for, quaisquer daquelas definições abrangem, p.ex., **médicos que efetuam exame de corpo de delito**, em institutos de criminalística ou onde quer que isso deva ser realizado, dependendo da organização local desses serviços, e **quaisquer profissionais de saúde que atendem vítimas de crimes em unidades vinculadas ao SUS** (próprias ou não), em qualquer condição (servidor público, empregado público, prestador de serviços *etc*.). Disso resulta que, no caso de gravidez resultante de estupro e da subsequente realização de aborto, independentemente do fundamento legal utilizado (o inciso I do art. 128 do CP, ou seu antinômico inciso II) e considerando, sem contradita, que **o pré-embrião, embrião, feto** ou partes deles constituem ***vestígios*** **do crime de estupro** que podem levar à identificação do agente do crime, aqueles profissionais são **legalmente responsáveis pela sua preservação**, com vistas à realização da competente perícia para determinação do **perfil genético do nascituro abortado**, de modo a possibilitar a **posterior comparação com o perfil genético do acusado do crime**. Procedimentos similares devem ser observados no caso de **nascimento com vida** do nascituro supostamente concebido em consequência do estupro, cabendo colher e preservar o

material genético do RN – mesmo se ele vier a falecer durante ou logo após o parto – para futura confrontação com o do acusado.

4.1.8.5 Notícia-crime no caso de violência sexual contra a mulher

Antes da edição da Lei nº 13.718, de 2018, e da consequente nova redação dada ao art. 225 do CP, foi editada a **Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003**, que, na sua dicção atual, estabelece que "constituem objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, os casos em que houver indício ou confirmação de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos ou privados" (art. 1º, *caput*), considerando-se "violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, [...], que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado" (art. 1º, § 1º), o que abrange, entre outras situações, "violação [estupro], abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar" (art. 1º, § 2º e II). Essa lei estabeleceu, ainda, que: (a) à "autoridade sanitária" cabe proporcionar as facilidades ao processo de notificação compulsória" (art. 2º); (b) o "caráter sigiloso" da notificação deve ser respeitado pelas "autoridades sanitárias que a tenham recebido" (art. 3º, *caput*); (c) "a identificação da vítima de violência [...], fora do âmbito dos serviços de saúde somente poderá efetivar-se, em caráter excepcional, em caso de risco à comunidade ou à vítima, a juízo da autoridade sanitária e com conhecimento prévio da vítima ou do seu responsável" (art. 3º, parágrafo único); (d) as obrigações nela previstas alcançam "pessoas físicas e entidades, públicas ou privadas" por ela abrangidas; e (e) "a inobservância das obrigações" ali estabelecidas "constitui infração da legislação referente à saúde pública, sem prejuízo das sanções penais cabíveis" (art. 5º).

Quando da edição da Lei nº 10.778, de 2003, o crime de estupro ainda se processava por meio de ação penal privada e o legislador ordinário *não ousara* alterá-lo para ação penal pública incondicionada. Esse fato, aliado ao *caráter sigiloso* da *notificação compulsória* de violência sexual contra a mulher, a que a autoridade sanitária, pessoas físicas e entidades públicas e privadas estavam obrigadas, na

prática impedia houvesse a comunicação da ocorrência de crime de estupro contra a mulher à autoridade policial, sem a prévia queixa-crime da vítima ou de seu representante legal, então exigida. Entretanto, **já na vigência da atual redação do art. 225 do CP**, adveio a Lei nº 13.931, de 10 de dezembro de 2019, que, além de alterar o *caput* do art. 1º da Lei nº 10.778, de 2003, na forma acima transcrita, também incluiu um **novo parágrafo** ao mesmo artigo (§ 4º), estatuindo que "os casos em que houver indícios ou confirmação de violência contra a mulher referidos no *caput*" desse "artigo serão obrigatoriamente comunicados à autoridade policial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, para as providências cabíveis e para fins estatísticos", **sem exclusão dos crimes de estupro** e outros crimes sexuais praticados contra a mulher e sem quaisquer condicionantes.

É certo, porém, que a Portaria GM/MS nº 78, de 18 de janeiro de 2021[206], que alterou a Portaria de Consolidação GM/MS nº 4, de 28 de setembro de 2017[207], a qual trata dos sistemas e subsistemas do SUS, determinou a comunicação de casos de violência contra a mulher, a que se refere o novel § 4º do art. 1º da Lei nº 10.778, de 2003[208]. Nessa ocasião, foram incluídos os arts. 14-A a 14-F no seu Anexo V, que trata do Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica (SNVE), a que se refere a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, agora compreendido pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que regula os serviços de saúde no Território Nacional, incluído o SUS. Ocorre que, embora essa portaria tenha determinado a "comunicação à autoridade policial" dos "casos de violência interpessoal contra a mulher" (art. 14-A)[209] e fixado prazo de 24 horas contado "da data da constatação da violência" para essa providência (art. 14-B), em consonância com a Lei nº 10.778, de 2003, art. 1º, § 4º, estabeleceu que a comunicação não deve conter "dados que identifiquem a vítima" e somente "em caráter excepcional" pode incluir "identificação da vítima de violência", quando houver "risco à comunidade ou à vítima, a juízo da autoridade sanitária e com

[206] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2021/prt0078_19_01_2021.html. Acesso em: 8 nov. 2024).
[207] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0004_03_10_2017.html. Acesso em: 8 nov. 2024.
[208] Essa Portaria e as alterações no SNVE não são citadas na Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAE/MS.
[209] Aduza-se, porque importante na continuidade, que o parágrafo único do referido art. 14-A esclarece que "a comunicação externa dos casos de violência contra crianças, adolescentes e idosas seguem as normativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso".

conhecimento prévio da vítima ou do seu responsável, conforme previsto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.778, de 2003" (art. 14-D, I e II).

Todavia, a Lei nº 10.778, de 2003, fora editada quando a ação penal para apuração do crime de estupro era de caráter privado e, pois, se justificava o sigilo sobre a identificação da vítima a que se refere seu art. 3º, na comunicação do fato da violência contra a mulher à autoridade policial, salvo se previamente autorizada. Porém, a alteração promovida pela Lei nº 13.931, de 2019, veio justamente em função da **superveniência da nova redação do art. 225 do CP**. Ora, a partir do momento em que, nos termos da atual redação do art. 225 do CP, o crime de estupro passou a ser processado mediante ação penal pública incondicionada, **não se justifica a manutenção do sigilo sobre o nome da vítima perante a autoridade policial** – aliás, indispensável para a apuração da ocorrência do crime – e, ainda que possa ser cabível dar *conhecimento prévio à vítima ou seu responsável* sobre a comunicação, essa **já não depende de qualquer condição**, como haver "risco à comunidade ou à vítima" (lembrando que é muito provável que esses riscos existam e persistam, na medida em que o agente do crime de estupro se acredite impune, por não sofrer persecução penal para apuração do fato delituoso praticado), ou emissão de "juízo da autoridade sanitária" a esse propósito, nem, muito menos, *autorização* ou qualquer manifestação de vontade da vítima ou seu representante legal a respeito.

Pode haver quem defenda que, para supressão das obrigações previstas no art. 3º da Lei nº 10.778, de 2004, quanto à manutenção do "caráter sigiloso" e à "identificação da vítima de violência" somente "em caráter excepcional", seria preciso alteração legislativa que o revogasse ou alterasse. Porém, isso é absolutamente despiciendo, presente o disposto no art. 2º, § 1º, da LICC, em razão do qual "a lei posterior" – o art. 225 do CP, com a redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018, e o § 4º do art. 2º da Lei nº 10.778, de 2003, inserido pela Lei nº 13.931, de 2019 – "revoga a anterior" – o art. 3º da Lei nº 10.778, de 2003 – "quando seja com ela incompatível", na medida da incompatibilidade verificada. Por força disso, **restou completamente eliminada a obrigação de manter sigilo sobre o nome da vítima para o oferecimento de notícia-crime de estupro à autoridade policial**. O que parece haver, na dicção da Portaria de Consolidação GM/MS nº 4, de 2017, a partir da alteração introduzida pela Portaria GM/MS nº 78, de 2021, é uma *interpretação cruzada* de dispositivos legais que *não se relacionam diretamente*, de modo que, à

autoridade policial deve ser sempre informada a identificação da vítima, com vistas à apuração do crime de estupro ou outros crimes sexuais (Lei nº 10.778, de 2003, art. 2º, § 4º, c/c CP, art. 225), mas **essa informação deve permanecer sigilosa no SNVE para outras finalidades** (Lei nº 10.778, de 2003, art. 3º), máxime quando da realização de pesquisas nos dados existentes no sistema para, p.ex., adoção de medidas ligadas à vigilância epidemiológica e políticas de saúde[210], assim como para elaboração de pesquisas científicas por pesquisadores que a eles possam ter acesso.

4.1.8.6 Notícia-crime no caso de violência sexual contra crianças e adolescentes

Também antes da nova redação do art. 225 do CP, o **ECA**, no *caput* do art. 70-B, inserido pela Lei nº 13.046, de 1º de dezembro de 2014, e na redação por ela dada, determinava que "as entidades, públicas e privadas, que atuem nas áreas a que se refere o art. 71 [cultura, esportes *etc*.], dentre outras" deveriam "contar, em seus quadros, com pessoas capacitadas a reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes" e estendia tal obrigação às "pessoas encarregadas, por razão de cargo, função, ofício, ministério, profissão ou ocupação, do cuidado, assistência ou guarda de crianças e adolescentes, punível, na forma" do Estatuto, "o injustificado retardamento ou omissão, culposos ou dolosos". Além disso, o art. 245 tipificava como *infração administrativa* "deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente". Parece evidente que a expressão *maus-tratos* não excluía, nem exclui nenhuma ação ou omissão tipificada como crime, em particular aqueles de índole sexual, de modo que quaisquer das entidades e pessoas enumeradas nos arts. 70-B e 245 do ECA já estavam obrigadas a comunicar até mesmo a suspeita de ocorrência de crime de estupro contra criança ou adolescente ao Conselho Tutelar. Por sua vez, a este cabia – e continua cabendo – "encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente" (ECA, art. 136,

[210] Incluído o reforço de campanhas visando à contracepção (v. tópico 5.1).

inciso IV). A propósito, o manual “Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual” (Brasil, 2015) reza que: “Quando do atendimento de crianças e adolescentes é obrigatória a comunicação ao Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais” (p.15).

Não obstante, da mesma forma como se viu em relação à Lei nº 10.778, de 2003, o legislador ordinário, ao editar o ECA e quando nele incluiu o art. 70-B, não modificou o CP e a apuração do crime de estupro contra crianças e adolescentes, continuou a se processar mediante ação penal privada. Desse modo, podia haver dúvida sobre a possibilidade de o médico do SUS ou qualquer outra pessoa noticiar a ocorrência de estupro contra crianças ou adolescentes até ao Conselho Tutelar e este ao Ministério Público, sem prévia e expressa autorização da vítima, normalmente por meio de seu representante legal.

Todavia, repete-se que, **com a vigência da nova redação do art. 225 do CP**, a apuração do **crime de estupro** – e, particularmente no caso de crianças e adolescentes, do **crime de estupro de vulnerável** – passou a ser de ação pública incondicionada e **aquela possível dúvida foi eliminada**. Como se não bastasse, **o *caput* do art. 70-B do ECA ganhou nova redação** – também depois da alteração do CP pela Lei nº 13.718, de 2018 –, dada pela Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022, e passou a impor expressamente às “entidades, públicas e privadas” que atuam “nas áreas da saúde e da educação” – além das demais a que já se referia – a obrigação de “contar, em seus quadros, com pessoas capacitadas a reconhecer e a comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de crimes praticados contra a criança e o adolescente”, mantido seu parágrafo único[211]. Ou seja, referiu-se expressamente a **crimes contra crianças e adolescentes** (de qualquer sexo), aí obviamente incluídos os de natureza sexual agora processados mediante ação penal pública incondicionada, e **ampliou o rol de entidades** e, consequentemente, **de pessoas obrigadas a comunicar sua ocorrência ao Conselho Tutelar**, devendo este dar a competente notícia ao Ministério Público, para sua apuração, na forma da lei, isso **sem prejuízo de o próprio médico e demais profissionais** arrolados no referido art. 66 da LCP diretamente **oferecerem notícia-crime** à autoridade policial ou ao próprio Ministério Público.

[211] A Lei nº 14.344, de 2022, além de outras providências, criou mecanismos para a prevenção e enfrentamento da violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes.

Importa lembrar, ainda, que aos Conselhos Tutelares, consoante art. 136 do ECA, compete, de um lado, "adotar, na esfera de sua competência, ações articuladas e efetivas direcionadas à identificação da agressão, à agilidade no atendimento da criança e do adolescente vítima de violência doméstica e familiar e à responsabilização do agressor" (inciso XIII). Para tanto, aos Conselhos Tutelares é facultado "requisitar serviços públicos nas áreas de saúde" e outras (inciso III, alínea "a") e, inclusive, "representar ao Ministério Público para requerer a propositura de ação cautelar de antecipação de produção de prova nas causas que envolvam violência contra a criança e o adolescente" (inciso XVII). Nisso se compreende, no que aqui interessa, o **dever de o Conselho Tutelar**, se for o caso, **adotar providências com vistas a que sejam preservadas as provas de crime de estupro ou outros crimes sexuais** cometidos contra **crianças e adolescentes** e, advindo gravidez de estupro, quando menos, propugnar pela adoção de medidas para a determinação do perfil genético do nascituro, quer venha a ser abortado ou não, podendo representar ao Ministério Público para essa finalidade.

4.1.8.7 Notícia-crime no caso de violência sexual contra pessoas idosas

Presente o contido no art. 230 da CF, segundo o qual "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida", foi editada a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, ou **Estatuto da Pessoa Idosa** – pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º) –, que, na sua redação atual, dispõe que "nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei" (art. 4º, *caput*), estabelecendo que "é obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis" (art. 10, *caput*). Compreende-se que "o direito ao respeito" devido à pessoa idosa "consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais" (art. 10, § 2º) e se há de ter presente que "é dever de todos

zelar pela dignidade da pessoa idosa, colocando-a a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor" (art. 10, § 3º). Ademais, esse Estatuto, prescreve que: (a) "é dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos da pessoa idosa" e que as obrigações ali previstas "não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados" (art. 4º, §§ 1º e 2º); (b) "a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei" (art. 5º); e (c) "todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação" às suas disposições "que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento" (art. 6º).

O Estatuto da Pessoa Idosa não é expresso quanto à violência sexual contra a pessoa idosa, mas parece evidente que suas disposições abarcam **qualquer tipo de violência cometida contra ela**, inclusive o **estupro e outros crimes de natureza sexual**. Isso resulta não só dos seus dispositivos citados, mas também do contido no § 1º do seu art. 19, segundo o qual "considera-se violência contra a pessoa idosa qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico". Além disso, o Estatuto explicita que "os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra pessoas idosas serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles" a quaisquer dos órgãos arrolados nos seus incisos, a saber: "autoridade policial", "Ministério Público" e Conselhos Municipal, Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa (art. 19, *caput* e incisos). Não por outra razão, o manual "Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual" (Brasil, 2015) registra que: "Nos casos de violência contra pessoas idosas é obrigatório comunicar a quaisquer dos seguintes órgãos: autoridade policial, Ministério Público, Conselho Municipal, Estadual ou Nacional do Idoso" (p.15).

Nada obstante, o legislador ordinário, igualmente não se abalançou em admitir o cabimento de notícia-crime do crime de estupro contra a pessoa idosa – em especial contra a mulher idosa –, pois, como se viu em relação à Lei nº 10.778, de 2003, e ao ECA, à época da edição do respectivo Estatuto se exigia a formulação de queixa-crime para a apuração desse e de outros crimes de cunho sexual. Desse modo, apesar da obrigação legal de comunicar a ocorrência de violência contra a pessoa idosa – mesmo sua suspeita –, o fato de, à época, o crime de estupro só se processar

mediante queixa-crime ou representação, igualmente suscitava dúvidas sobre a possibilidade de haver tal comunicação. Diante da atual redação do art. 225 do CP, porém, **já não é possível entretecer qualquer dúvida sobre a obrigação de oferecer notícia-crime no caso de estupro da pessoa idosa** e de outros crimes contra a sua liberdade sexual ou tipificados como crimes sexuais contra vulnerável.

Doutro lado, parece claro que, do estupro de mulher idosa, muito dificilmente resultaria gravidez, visto que, com 60 anos de idade, de ordinário já terá ocorrido a menopausa natural, que marca o término do período reprodutivo feminino e se verifica em uma média etária de 51,2 anos de idade, como aponta pesquisa realizada por Adriana O. Pedro *et alii* (2003), ao menos entre mulheres domiciliadas no município de Campinas (SP). Contudo, essa pesquisa revela que há possibilidade de ocorrência de menopausa tardia, ou seja, acima dos 55 anos de idade, verificada em cerca de 2% das mulheres daquele município entrevistadas, e, a despeito de os dados apurados terem revelado a idade máxima de 58 anos para a entrada no climatério, em relação a essas mulheres, não é de todo impossível haver gravidez em idade igual ou superior a 60 anos, muito embora acontecimentos da espécie sejam muitíssimo improváveis[212]. De todo modo, o crime de estupro contra a mulher idosa (e também contra o homem idoso) há de ser noticiado pelos profissionais de saúde e demais responsáveis às autoridades competentes, visando à persecução penal do(s) seu(s) agente(s), sob pena de incidirem na infração administrativa a que se refere o art. 57 do Estatuto da Pessoa Idosa[213], na contravenção do art. 66 da LCP e nas demais sanções aplicáveis, como éticas.

---

[212] As notícias que se vê na Internet a propósito de gravidezes de mulheres com 60 anos ou mais referem-se, normalmente, ao emprego da fertilização *in vitro* e envolvem congelamento ou doação de óvulos – como, p.ex., a notícia do Portal R7 sobre gravidez de uma mulher aos 74 anos de idade (Disponível em: https://noticias.r7.com/saude/uso-de-ovulos-de-jovens-permite-gravidez-em-idade-avancada-03112019/). Isso porque, ainda que o útero da mulher idosa continue capaz de gestar um nascituro, a partir da menopausa seus ovários deixam de produzir novos óvulos, como é cediço. Desse modo, para que uma mulher idosa engravidasse diretamente em uma relação sexual, consentida ou não, teria que ocorrer uma menopausa muitíssimo tardia, de modo que seus ovários continuassem a produzir óvulos depois dos 60 anos de idade, o que seria quase impossível. Há, porém, notícia divulgada pela Folha de São Paulo segundo a qual uma mulher teria engravidado naturalmente aos 65 anos de idade, muito embora haja dúvida sobre a correção da sua data de nascimento (Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2602200522.htm). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[213] Estatuto da Pessoa Idosa: "Art. 57. Deixar o profissional de saúde ou o responsável por estabelecimento de saúde ou instituição de longa permanência de comunicar à autoridade competente os casos de crimes contra pessoa idosa de que tiver conhecimento: Pena – multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais), aplicada em dobro no caso de reincidência."

4.1.8.8 Necessidade de atualizar normas infralegais sobre notícia-crime de estupro

Essas normas legais – e talvez outras – explicitam a **obrigação de os médicos e outros profissionais que atuam no SUS** em qualquer condição (agentes/funcionários públicos) e mesmo outras pessoas **comunicarem**, diretamente ou por intermédio de conselhos, **à autoridade policial/Ministério Público** os indícios ou confirmação de **estupro contra a mulher de qualquer idade**, sobre o que já não subsiste dúvida plausível, em razão da alteração no caráter da ação penal do crime de estupro, de privada para pública incondicionada. Contudo, parece que isso **ainda não foi bem assimilado** pela sociedade e até **pelo próprio Estado brasileiro**.

Exemplo bastante claro disso é a polêmica que se estende em relação ao **dever de o médico do SUS comunicar o estupro à autoridade policial**, como parte do "Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS". Esse procedimento era previsto nos arts. 694 a 700 da Portaria de Consolidação GM/MS nº 5, de 28 de setembro de 2017[214], que, coerentemente com o caráter privado da ação penal relativa ao crime de estupro vigente à época, não previa o dever de comunicação do fato à autoridade policial, pois dependia da manifestação de vontade da vítima, ou de seu responsável a apresentação de queixa-crime.

Só quase dois anos após a publicação da Lei nº 13.718, de 2018 – que teve vigência imediata –, esse procedimento foi alterado pela Portaria GM/MS nº 2.282, de 27 de agosto de 2020[215], estabelecendo ser "obrigatória a notificação à autoridade policial pelo médico, demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolherem a paciente dos casos em que houver indícios ou confirmação do crime de estupro" (art. 1º). Essa portaria foi logo substituída pela Portaria GM/MS nº 2.561, de 23 de setembro de 2020[216], a qual, fazendo referência expressa à Lei nº 13.718, de 2018, e em consonância com a Lei nº 10.778, de 2003, determinou a obrigação de "o médico e os demais profissionais de saúde ou responsáveis pelo estabelecimento de saúde que acolherem a paciente dos casos em

[214] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-5-Programas.html. Acesso em: 8 nov. 2024.
[215] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt2282_28_08_2020.html. Acesso em: 8 nov. 2024.
[216] Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.561-de-23-de-setembro-de-2020-279185796. Acesso em: 8 nov. 2024.

que houver indícios ou confirmação do crime de estupro" adotarem as medidas de "comunicar o fato à autoridade policial responsável" e de "preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial ou aos peritos oficiais, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos" que podem "levar à identificação do respectivo autor do crime, nos termos da Lei Federal nº 12.654, de 2012" (art. 7º).

Porém, adveio a Portaria GM/MS nº 13, de 13 de janeiro de 2023[217], que revogou a portaria anterior e repristinou os arts. 694 a 700 da primeira. Nos esclarecimentos presentes na mencionada Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAE/MS, encaminhada por meio do também referido Ofício nº 2361/2023/DATDOF/CGAEST/GM/MS ao Sr. Ministro Relator da ADPF/989, constam as justificativas do MS para tanto:

> O Ministério da Saúde, na atual gestão, não poderia ficar inerte diante de um documento que afirma, como posição técnico-científica que:
> "*Todo aborto é um crime, mas quando comprovadas as situações de excludente de ilicitude após investigação policial, ele deixa de ser punido, com a interrupção da gravidez por risco materno*." ([...]).
> O Ministério da Saúde acolhe a indignação das sociedades médicas e organizações da sociedade civil que repudiaram o documento produzido à época afirmando que "**ABORTO LEGAL NÃO É CRIME E AMEAÇAR MENINAS E MULHERES COM INVESTIGAÇÃO POLICIAL É TORTURA DO ESTADO**".
> Pode ser identificado no documento a tentativa de criminalizar não somente as meninas e mulheres que necessitam de um aborto nos permissivos legais, mas também os profissionais de saúde que delas cuidam. O documento que se anuncia orientador de condutas, na verdade, constrói barreiras para o cuidado de atrelar o processo de cuidado aos procedimentos e trâmites judiciais que também possuem papeis definidos, delegando aos policiais o procedimento de denúncia ou julgamento.
> A afirmação de que a polícia investigará a vítima de estupro, ou a gestante com grave comorbidade materna em risco de morte, ou ainda, a gestante impactada emocionalmente e em sofrimento psíquico por um diagnóstico tão ominoso como de gestar um feto anencéfalo, foi considerada como grave violação dos direitos humanos pelo Estado brasileiro, além de flagrante quebra do direito constitucional da intimidade, privacidade e do sigilo profissional. (2 – Análise, tópico Sobre questão conceitual; grifos e itálicos do original)
>
> A Norma Técnica apresentava a defesa da Portaria 2.561/2020, revogada pela Portaria GM/MS 13 de 13 de Janeiro de 2023, que determinava a coleta de vestígios forenses para:
> "*Preservar possíveis evidências materiais do crime de estupro a serem entregues imediatamente à autoridade policial ou aos peritos oficiais, tais como fragmentos de embrião ou feto com vistas à realização de confrontos genéticos que poderão levar à identificação do respectivo autor do crime..." ([...]) e ainda "Com o objetivo de investigar o estupro e não o aborto, o*

[217] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2023/prt0013_16_01_2023.html. Acesso em: 8 nov. 2024.

> *Ministério publicou a Portaria nº 2.561/2020, que determina a notificação dos estupros que ensejam interrupção de gravidez, com preservação de material para fins periciais*." ([...]).
> A Norma Técnica foi elaborada em consonância com a Portaria 2.561/2020 assegurava a legitimidade de violações éticas ao estabelecer que todas as vítimas de estupro que demandassem a interrupção da gravidez estariam obrigadas a consentir na coleta de material biológico para investigação criminal. Ou seja, para acessar o direito ao aborto a pessoa deveria abdicar da autonomia de decidir sobre a coleta de seu material biológico.
> Ainda a indicação da coleta de vestígios teria um obstáculo técnico pois a coleta de material biológico nas primeiras semanas de gravidez só se daria por meio do tratamento cirúrgico (aspiração manual intrauterina – AMIU), o que limitaria as opções terapêuticas, excluindo a possibilidade de um tratamento medicamentoso menos intervencionista. Desse modo, para dar cumprimento a tal normativa, a vítima não poderia tomar decisões compartilhadas com a equipe de saúde sobre qual a técnica seria a mais adequada para o exercício de seu direito no tratamento para o aborto induzido. (2 Análise, Sobre procedimentos técnicos – Coleta de vestígios; itálicos do original)

O assunto é deveras tormentoso, mas a simples leitura das justificativas constantes na Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAE/MS indica que não se trata de um documento verdadeiramente embasado no Direito brasileiro, pois incorre em diversos equívocos jurídicos facilmente perceptíveis ao intérprete/aplicador do Direito, até à vista das normas legais transcritas neste e em outros tópicos[218]. Essas considerações, porém, não são relevantes, pois o que importa é fixar que, quando se trata da **investigação do crime de estupro**, o primeiro e indiscutível fato é que **a promoção da ação** para *punir o culpado* desse e de outros crimes sexuais **já não mais consiste em *direito da vítima*** (ou de seu representante legal). Nos termos da atual redação do art. 225 do CP, como dito e repetido, **é dever do Estado**, que tem por **obrigação processar e julgar os autores** de crimes sexuais, em particular **de crimes de estupro e de estupro de vulnerável**, a partir de **notícia-crime** formulada por quem quer que seja, independente de autorização da vítima ou seu representante legal[219].

Igualmente, como alinhado, não há dúvida da existência das **obrigações legais** de: (a) comunicar à autoridade policial a ocorrência de indícios ou confirmação de violência contra a mulher, inclusive de natureza sexual e, mais precisamente, de estupro; (b) comunicar ao Conselho Tutelar a ocorrência de violência sexual de

[218] Verifica-se que essa Nota Técnica Conjunta foi encimada por documento emitido pela Advocacia Geral da União (AGU), intitulado Informações n. 00065/2023/CONJUR-MS/CGU/AGU. Contudo, a AGU não realizou qualquer análise jurídica dos seus termos, limitando-se a transcrever trechos que entendeu relevantes, sem tecer maiores comentários sobre eles, pelo que tal documento possui realmente caráter meramente informativo, e não se trata de um parecer ou manifestação jurídica propriamente.
[219] Também quando os crimes sexuais são cometidos contra homens, inclusive por mulheres (v. tópico 5.3).

qualquer espécie contra crianças e adolescentes, cabendo-lhe dar notícia do fato ao Ministério Público, na forma do ECA; e (c) comunicar à autoridade policial, ao Ministério Público e/ou a algum dos Conselhos da Pessoa Idosa, a ocorrência de violência sexual contra pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, nos termos do Estatuto da Pessoa Idosa. Em todos esses casos, a obrigação cabe aos **médicos**, **profissionais de saúde** e demais **agentes/funcionários públicos** que atuam no SUS, assim como a **pessoas físicas** e **entidades públicas ou privadas** que **atendam mulheres de qualquer idade vítimas de estupro**, sendo que, no caso de crianças e adolescentes, a obrigação se estende ao professor e ao responsável por estabelecimento de ensino. E, tendo ocorrido aborto do nascituro concebido por força de estupro – quer nos termos do CP, 128, I, quer do seu antinômico inciso II –, não há que se falar em ***autonomia* da mulher** para decidir sobre a coleta de *seu* material biológico, pois **o nascituro não é**, frise-se, ***material biológico* da *mulher***, mas um **outro ser humano**, a despeito de que dela totalmente dependente, enquanto se desenvolve em seu organismo[220].

Enfim, o que é realmente passível de indignação é a **ausência de instruções claras para coleta de provas e persecução penal dos agentes de crime de estupro pelo Estado**, porquanto podem acreditar-se *impunes* e passar a cometê-lo contra outras *meninas, adolescentes e mulheres* jovens, adultas ou idosas[221], e **continuar a perpetrá-lo, enquanto não obstados por ação penal e punidos na forma da lei**. Em função disso, percebe-se que haveriam de ter sido mantidas as normas técnicas relativas ao oferecimento de notícia crime de estupro – sem condicionantes de qualquer espécie – e à coleta de provas em caso de aborto em caso gravidez resultante de estupro, ainda que pudessem merecer correções.

4.1.8.9 Dever de o Estado adotar medidas para preservar a cadeia de custódia das provas

Se o **crime de estupro envolver mulheres de qualquer idade**, é fato que os médicos e outros profissionais do SUS, na qualidade de **agentes ou funcionários**

[220] O mesmo raciocínio se aplica se não ocorrer aborto, ou seja, em relação ao nascido com ou sem vida, e ainda que morra durante/logo após o parto. Sobre o nascituro não ser *material biológico da mulher*, v. tb. tópico 4.4.4.
[221] E também contra meninos, adolescentes e homens jovens, adultos ou idosos (v. tópico 5.3).

públicos, são **responsáveis** pela **preservação dos elementos de potencial interesse para a produção da prova pericial**, também no que diz respeito ao **perfil genético do nascituro que eventualmente for abortado**, ou que vier a nascer, com ou sem vida. A omissão na preservação de tais elementos de prova pode levar à **responsabilização pessoal desses profissionais**, não só nos termos da legislação civil, administrativa e penal aplicável, mas, igualmente, na forma das normas éticas que regem o exercício das respectivas profissões, conforme o caso.

Ademais, o próprio Estado, como autor e responsável pela regularidade da ação penal pública incondicionada, há que estabelecer os **procedimentos necessários para assegurar a validade das provas obtidas, atendendo às normas sobre a cadeia de custódia**, pois, como bem advertem Aury Lopes Júnior e Alexandre M. da Rosa (2015):

> A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico.
> A preservação da cadeia de custódia exige grande cautela por parte dos agentes do estado, da coleta à análise, de modo que se exige o menor número de custódios possível e a menor manipulação do material. O menor número de pessoas manipulando o material faz com que seja menos manipulado e a menor manipulação, conduz a menor exposição. Expor menos é proteção e defesa da credibilidade do material probatório. (Lopes Júnior; Rosa, 2015, não p.; sem sublinhas no original)

Dessa forma, a norma infralegal que se refere ao "Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS", além de tratar do oferecimento da notícia-crime, **há de determinar os procedimentos necessários** com vistas à *preservação dos potenciais elementos de prova* do crime de estupro do qual resulte gravidez – notadamente aqueles **indispensáveis à identificação do perfil genético do nascituro abortado, ou do nascido com ou sem vida**, além daqueles que digam respeito ao acusado de autoria do crime – e **esclarecer e/ou dispor sobre a responsabilidade dos profissionais envolvidos** nesses procedimentos, em vistas das normas a respeito da cadeia de custódia previstas no CP e demais leis aplicáveis, já referidas.

Impende considerar, ainda, que as advertências de Lopes Júnior e Rosa (2015) sobre a necessidade de restringir o número de pessoas que manipulam material concernente à cadeia de custódia e a própria responsabilidade legal dos

profissionais de saúde envolvidos, tornam quase impossível a autoadministração de fármacos abortivos no domicílio da mulher, para promover o aborto, quer tenha por base o inciso I do art. 128 do CP, quer o seu antinômico inciso II. Está, pois, parcialmente correto o MS ao dizer, nas justificativas constantes da Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS antes transcritas[222], que a necessidade de preservar a cadeia de custódia das provas limitaria, nesse aspecto, as *opções terapêuticas* do aborto, pois os cuidados que se deve ter na preservação dos restos mortais do nascituro para identificação do seu perfil genético, bem como a responsabilidade legal que pesa sobre os profissionais de saúde descartam a admissão, não só do emprego de telemedicina, mas também da autoadministração dos medicamentos abortivos pela mulher em seu próprio domicílio, **sem qualquer supervisão**, pois poderiam ser eliminados indícios imprescindíveis à verificação da autoria do crime de estupro do qual resulte gravidez. Isso, porém, não obstaria à adoção do abortamento medicamentoso, até mesmo no domicílio da mulher, desde que **com acompanhamento de profissional da saúde** que fique **responsável** pela preservação dos materiais biológicos do nascituro abortado.

Tudo isso – incluída a obtenção do perfil genético do nascituro, abortado ou não – se faz **indispensável para a proteção das próprias mulheres de qualquer idade**, pois a persecução penal dos acusados de crime de estupro e o seu apenamento são medidas que podem gerar a **diminuição da violência sexual contra elas**, por afastarem a ideia de impunidade. Neste ponto, vale trazer a seguinte conclusão do aludido trabalho da SVS (Brasil, 2019) sobre os índices de mortalidade de mulheres com notificação anterior de violência:

> Portanto, a notificação de violências no setor Saúde deve ser entendida como sinal de alerta para a ocorrência de óbitos que podem ser evitados a partir da articulação de ações intra e intersetoriais. Os serviços de saúde são a porta de entrada para as mulheres que sofrem violências e os profissionais precisam estar qualificados para fazer sua identificação, realizar o cuidado necessário de modo imediato, proceder ao encaminhamento em busca do atendimento integral, evitando-se o efeito de repetição. Por isso, as equipes de vigilância precisam ter estreita articulação com a atenção à saúde e com a rede de cuidado e proteção social. (Brasil, 2019, p. 228–229; sem sublinhas no original)

[222] Tópico 4.1.8.8.

Mutatis mutandis, o mesmo pode ser dito em relação aos crimes de natureza sexual contra mulheres, notadamente o estupro do qual resulte gravidez, entendendo-se que a *rede de cuidado e proteção social* abrange as Deam e o Ministério Público, além do SUS e outros órgãos.

4.1.8.10 Riscos para o Estado do descumprimento de normas internas e internacionais

Por fim, neste tema, há de se frisar que a falta de atualização das normas infralegais a respeito da persecução penal de acusados de crimes sexuais contra mulheres de qualquer idade e à preservação da cadeia de custódia de provas relativas a esses crimes[223] implica **omissão no cumprimento de normas jurídicas internas pelo Estado brasileiro**, sobretudo diante do **alerta** que consta da publicação "Saúde Brasil 2018" do MS, no sentido de que a **violência sexual contra as mulheres de todas as idades apresenta números expressivos** e, em particular, "elevada proporção entre crianças, apesar do pequeno número absoluto de notificações" (Brasil, 2019, p. 227; sem sublinhas no original). Dessa feita, não só o Estado brasileiro, mas também seus agentes/funcionários públicos, incluídos agentes políticos, estão sujeitos às **penalidades previstas na legislação nacional**, seja nas normas legais citadas neste tópico, seja em outras. Mas o problema vai além, pois a situação fática, apontada nessa e noutras publicações do gênero, **coloca o Brasil e seus agentes políticos e administrativos em situação de risco internacional**, em face de obrigações assumidas em tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro.

Em se tratando de **crimes sexuais cometidos contra crianças e adolescentes**, a **ausência de previsão inequívoca** das obrigações relativas à preservação da cadeia de custódia e ao oferecimento de notícia-crime, notadamente no caso de estupro, **em normas infralegais e outros documentos**, como cartilhas de caráter informativo/educativo editadas pelo Estado, pode, nos termos do inciso I

[223] Dentre as normas infralegais carentes de atualização, encontra-se o citado "Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS" e as referidas normas técnicas (manuais) sobre abortamento (Brasil, 2011b) e sobre pessoas expostas à violência sexual (Brasil, 2015), que, salvo reedições ou novas publicações não identificadas, ainda não receberam a necessária atualização para adequá-las perfeitamente ao disposto no art. 225 do CP, assim como na Lei nº 10.778, de 2003, no ECA e no Estatuto da Pessoa Idosa, em suas atuais dicções.

do art. 98 do ECA, configurar **“ação ou omissão [...] do Estado” que ameaça ou viola os direitos das crianças e adolescentes**. Em razão disso, os órgãos do próprio Estado, em particular do Poder Executivo aos quais está afeta a execução das normas jurídicas do ECA e seus respectivos agentes políticos e administrativos, podem ficar sujeitos às “medidas de proteção à criança e ao adolescente” estabelecidas nesse estatuto, sem prejuízo da aplicação de sanções previstas em outras normas do ordenamento jurídico nacional.

No âmbito internacional, o Brasil ratificou a CIDC, como visto. O número 1 do seu art. 19 dispõe que “os Estados Partes devem adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, ofensas ou abusos, negligência ou tratamento displicente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do tutor legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela”. O número 2 do mesmo artigo esclarece que “essas medidas de proteção devem incluir, quando cabível, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais visando ao provimento do apoio necessário para a criança e as pessoas responsáveis por ela, bem como para outras formas de prevenção, e para identificação, notificação, transferência para uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos de maus-tratos mencionados acima e, quando cabível, para intervenção judiciária”. O art. 34 da CIDC, por sua vez, explicita que “os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual” e estabelece que, para isso, “devem adotar, em especial, todas as medidas em âmbito nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir”, quer “o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal”, quer a exploração da criança “na prostituição ou em outras práticas sexuais ilegais”, ou “em espetáculos ou materiais pornográficos”, o que pode configurar crime de estupro de vulnerável. É, pois, indene de dúvidas de que a CIDC obriga os Estados a adotarem todas as providências necessárias com vistas à persecução penal de agentes de crimes sexuais contra crianças e adolescentes (de qualquer sexo), nomeadamente do crime de estupro.

Salvo engano, a CIDC não traz disposições específicas quanto a sanções aos Estados Partes signatários pelo descumprimento das suas disposições. Porém, determina a criação de um “Comitê para os Direitos da Criança” a fim de “examinar os

progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes" (art. 43, nº 1). O aludido Comitê, além de outras medidas, pode "recomendar à Assembleia Geral que solicite ao Secretário-geral que efetue, em seu nome, estudos sobre questões concretas relativas aos direitos da criança" (art. 45, "c"), daí se deduzindo que possa (ou deva) fazê-lo principalmente quando tiver notícia de descumprimento das normas da CIDC por algum dos Estados signatários. Não se descura, portanto, que o Brasil possa estar sujeito a procedimentos recomendados por esse Comitê ao Secretário-geral da ONU, quanto ao cumprimento da CIDC no que tange à **obrigação de promover a persecução penal dos acusados de crimes de estupro contra crianças e adolescentes** – do sexo feminino, deles decorram ou não gravidez, mas não só. Seja como for, a CIDC reforça tal obrigação internacional assumida pelo Brasil, também porque estabelece a prevalência da norma jurídica mais favorável à proteção da criança e do adolescente contra crimes sexuais (art. 41).

A propósito da **pessoa idosa**, o Brasil foi um dos primeiros signatários da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, editada sob os auspícios da OEA em 2015[224]. Nada obstante, essa Convenção se encontra em processo de ratificação junto ao Congresso Nacional desde 2017[225], de modo que ainda não obriga o Brasil perante a OEA e outros países, nem, tampouco, tem validade interna, para a qual é exigida edição de decreto pelo Poder Executivo, como esclarece João G. Rodas (2015). No entanto, no plano interno, a falta de explicitação pelo Estado brasileiro, em normas infralegais *etc*., das obrigações de oferecer notícia-crime e de preservar a cadeia de custódia das provas no caso do **crime de estupro e outros crimes sexuais cometidos contra pessoas idosas** – notadamente **mulheres idosas** –, assim como no caso do ECA, constitui omissão passível de fazer incidir "as medidas de proteção à pessoa idosa" previstas no Estatuto da Pessoa Idosa, as quais "são aplicáveis sempre que os direitos" ali reconhecidos "forem ameaçados ou violados", inclusive no caso de "ação ou omissão da sociedade ou do Estado" (art. 43, *caput* e inciso I).

No caso da Lei nº 10.778, de 2003, também se considera **violência contra a mulher** a que é "perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes" (art. 1º, § 2º, III),

[224] Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/CIPM_POR.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.
[225] Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, Tratados ou Atos Internacionais (PDC) nº 863, de 2017 (PDC 863/2017) (Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=2164910. Acesso em: 8 nov. 2024).

donde parece claro que a omissão estatal na adoção de providências para a persecução penal dos agentes do crime de estupro e outros crimes sexuais – em particular o oferecimento de notícia-crime a que se refere o mencionado § 4º do art. 1º, no prazo ali estabelecido – implica ***tolerância estatal* à ocorrência desse tipo de violência contra o público feminino**. Dessa feita, aqueles que dão azo a omissões desse jaez cometem "infração da legislação referente à saúde pública", ficando sujeitos às respectivas sanções previstas no ordenamento jurídico interno, "sem prejuízo das sanções penais cabíveis" (art. 5º), como as que decorrem do art. 66 da LCP.

Nesse ponto, porém, parece haver algo mais grave no âmbito internacional, pois o Brasil ratificou a "Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher", cognominada *Convenção de Belém do Pará*, a qual foi editada no âmbito da OEA, em 1994, e integra o Direito interno como lei ordinária[226], além de obrigar o Estado brasileiro internacionalmente. Nos termos do art. 2º da Convenção e suas alíneas – que certamente serviu de inspiração ao legislador nacional, quando da edição da Lei nº 10.778, de 2003 – "entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica", ocorra ela "no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual", ou "na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local", ou, ainda, seja "perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra".

De mais a mais, já no próprio título dessa Convenção é enunciado o **dever de os Estados Partes *punirem* a prática de violência contra a mulher**, o que se constitui em meio que visa, de um lado, à *prevenção* e, de outro, à *erradicação* dessa prática. Seu art. 7º, porém, é mais explícito a respeito, pois claramente dispõe que "os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar" todas as formas de violência contra a mulher e a "empenhar-se",

[226] Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995; Decreto Executivo nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

além de por outros meios, em “agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher” (alínea “b”) e “incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis” (alínea “c”). Para dar efetividade ao quanto contido na referida Convenção, seu art. 12 é explícito ao estabelecer que:

> Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não-governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições de acordo com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições.

Ou seja, a **omissão na regulamentação infralegal** quanto ao **oferecimento de notícia-crime** e **preservação da cadeia de custódia das provas** no caso de **crime de estupro**, dele resulte ou não gravidez, e demais crimes sexuais contra a mulher de qualquer idade implica **descumprimento das normas da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**, sujeitando o Estado brasileiro a ser demandado junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a sofrer as sanções aplicáveis no âmbito internacional.

Ficam, pois, esses alertas, concitando-se a que o Estado brasileiro, urgentemente, **promova a atualização das normas infralegais que se referem a crimes sexuais contra as mulheres**, em particular aos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, deles decorram ou não gravidezes, de modo a atender às suas obrigações estabelecidas em normas jurídicas internas e convencionais, afastando a pecha de **tolerância estatal** com a sua ocorrência[227/228].

[227] Aqui é abordada particularmente a violência sexual contra a mulher, mas o Estado brasileiro há de adotar providências com vistas a prevenir a violência sexual contra o homem e punir seus agentes (v. tópico 5.3).

[228] Não foram analisadas as disposições da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, editada no âmbito da ONU e incorporada ao ordenamento jurídico nacional (Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008; Decreto Executivo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009), mas também essa convenção há de ser examinada quanto a possíveis riscos internacionais para o Brasil da não apuração de crimes sexuais contra mulheres com deficiência.

4.2 DIREITOS DO NASCITURO *VS.* ABORTO AO LIVRE-ARBÍTRIO DA MULHER

Os principais argumentos dos que se levantam em prol da descriminalização do aborto no Brasil dizem respeito aos direitos da mulher, vistos como prioritários, em relação à vida do nascituro que se desenvolve no seu organismo. Há diversos trabalhos nesse sentido, mas, por brevidade – *não tão breve*, como se verá – este tópico lançará mão das considerações tecidas pela Sr.ª Ministra Rosa Weber, no voto proferido na ADPF/442, então na qualidade de relatora do processo, o qual adiante será designado apenas *Voto*.

Dessa feita, no tópico 4.2.1, serão apresentados argumentos pró-aborto extraídos do *Voto*, buscando **retratá-los com a fidedignidade possível** e, nessa etapa, **sem contra-argumentações**, embora se possa introduzir destaques, sob a forma de sublinhas, ou fazer anotações em rodapé, nos pontos considerados relevantes[229]. Tais argumentos serão resumidos no tópico 4.2.2 e, a partir daí, serão apresentados os comentários e observações que caibam em face deles, visando a **demonstrar a antijuridicidade do aborto ao livre-arbítrio da mulher em qualquer IG**, por força do sistema jurídico brasileiro.

4.2.1 Principais argumentos pró-aborto ao livre-arbítrio da mulher (*Voto* na ADPF/442)

Já foi visto que o *Voto* entende pela **não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do CP, para excluir, da incidência penal, o aborto realizado nas primeiras doze semanas de gestação**. Trata-se de *Voto* extenso e é forçoso reconhecer que consiste em trabalho mui digno da sua autora, muito bem elaborado e bastante atualizado, em especial quanto aos direitos atribuídos à mulher, ainda que tomados em detrimento da vida do nascituro. Obviamente, seria incabível trazer, aqui, todos os seus argumentos de mérito e que fundamentam a decisão nele exarada, mas, seja

[229] Assim como em relação às normas legais, as sublinhas que aparecerem nas citações diretas de trechos do Voto correspondem a destaques deste autor – com exceção de uma, que será indicada –, mas, mais uma vez, pede-se licença para não utilizar a expressão "sem sublinhas no original". Também se pede licença para não utilizar a expressão "itálico do original", de modo que, sempre que o *itálico* aparecer em citações, corresponderá ao formato encontrado no original. Já os destaques por meio de **grifos** (em inglês: *bold*) presentes no original de citações do Voto trazidas à colação serão sempre indicados; os grifos, porém, poderão ser suprimidos, por motivos meramente estéticos, mas as supressões serão igualmente sempre indicadas.

por *lealdade intelectual* – para não deixar de facear argumentos contrários à proteção do direito à vida do ser humano desde a concepção –, seja por brevidade – pois ali se encontra um substancioso apanhado dos principais argumentos vistos em inúmeros trabalhos pró-aborto, o que, além de dispensar sua citação, facilita imensamente o desenvolvimento do presente estudo –, é mister pontuar algumas das *falas* do *Voto*, posto que **na extensão que se entende necessária para os fins visados** e correndo-se o risco de deixar de tocar em questões consideradas relevantes por outras pessoas.

No *Voto*, os argumentos de mérito são alinhados em "quatro premissas" ou "razões necessárias para a solução proposta", a saber: (a) "direito à vida e âmbito de proteção no constitucionalismo"; (b) "direitos fundamentais das mulheres"; (c) "direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais no desenho constitucional"; e (d) "justiça social reprodutiva como resposta institucional aos deveres fundamentais de proteção" (p.19). Vistas essas premissas, o *Voto* se encaminha para a conclusão, abordando a "tutela penal como resposta do Estado à proteção do valor da vida humana" (p.98), indagando se "a criminalização do aborto responde ao dever de tutela da vida humana" e se "justifica-se frente à restrição dos direitos fundamentais das mulheres" (p.114), e tratando da "compatibilidade da tutela penal do aborto à regra da proporcionalidade", bem como dos "limites do Estado constitucional" (p.124) e dos "limites da cognição jurisdicional e diálogos institucionais" (p.126), para, então, sob o título "solução normativa", enunciar o dispositivo (p.128).

Passa-se à tarefa ora proposta, repisando-se que, nesta fase, não serão feitos comentários a respeito dos pontos do *Voto* que serão trazidos e, tanto quanto possível, observar-se-á a ordem da exposição que nele se vê, procurando manter fidedignidade à sua linha argumentativa.

4.2.1.1 Primeira premissa: proteção do direito à vida no constitucionalismo

Quanto à **primeira premissa** (p.19-39), o *Voto* parte da afirmação de que "a inexistência de consenso a respeito de quando inicia a vida é fato notório", nos campos da Ciência, da Filosofia, da Religião e da Ética, e acrescenta que "o conhecimento científico permite falar sobre critérios para definição de vida em nível celular, mas não de vida humana" (p.19). Salienta que "a difícil questão de quando a vida começa não

pertence ao campo jurídico", nem tampouco à "arena jurisdicional" do STF, e, por isso, a discussão fica "adstrita ao campo jurídico" (p.20). A partir daí, analisa o direito à vida, previsto no *caput* do art. 5º da CF, afirmando que "não há referência em qualquer passagem do texto constitucional aos não nascidos, seja na condição de embrião ou de feto" e vê "o propósito do texto constitucional em afastar qualquer compromisso com a tese do direito à vida desde a concepção, a qual, diga-se, foi rechaçada nos trabalhos constituintes" (p.21)[230]. Em apoio a essas assertivas, referencia o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, quanto à Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), sob a relatoria do Sr. Ministro Ayres Britto. A análise do ponto de vista constitucional tem continuidade e o *Voto* assevera que "o argumento do caráter absoluto do direito à vida frente outros direitos fundamentais [...] não tem estrutura institucional no constitucionalismo, por três motivos essenciais", a saber: (a) ausência de definição do "conteúdo do direito à vida prescrito" no art. 5º da CF; (b) a CF "expressamente não adotou qualquer posição sobre o início da vida no suporte fático abstrato da regra"; e (c) "o marco constitucional constitui o caráter policêntrico do direito à vida, cujos conteúdos têm a dignidade da pessoa humana como vetor normativo", onde "não se verifica referência à vida humana, mas antes à pessoa humana" (p.22-23).

Ainda nessa primeira premissa, o *Voto* avança pela legislação infraconstitucional, passando pelo CC, apontando que, embora seu art. 2º fale em nascituro, não define o início da vida humana, e foca no fato de que os direitos a ele assegurados são condicionados ao nascimento com vida. Também refere a Lei de Alimentos Gravídicos, onde aparece "a preocupação com o devido desenvolvimento da gestação" (p.24)[231]. No campo penal, destaca a excludente de punibilidade do crime de aborto do inciso II do art. 128 do CP, afirmando que "no caso de estupro não há interesse em proteger o feto contra a gestante" e que "fica evidente que, para o direito penal, a vida não traduz valor único e absoluto" (p.25), frisando que "dar ao direito à vida intepretação no sentido de conferir-lhe proteção absoluta desde o momento da concepção implicaria reconhecer a proibição de qualquer hipótese de

[230] Ao menos no Brasil, a *mens legislatoris* não se presta à interpretação da norma jurídica, salvo raríssimas exceções e, ainda assim, em conjunto com outras técnicas de exegese da *mens legis*, pois esta, quando passa a integrar o ordenamento jurídico, daquela se desprende e a norma deve ser interpretada *de per si*, em consonância com os princípios do sistema jurídico nacional.

[231] O *Voto*, s.m.j., não se refere ao art. 2º dessa lei, que fixa o termo inicial do débito dos alimentos gravídicos na concepção.

interrupção da gestação (em casos de aborto, por exemplo)", independente "da finalidade ou da necessidade de tutela de outro direito ou bem jurídico" (p.26; suprimidos os grifos do original)[232].

Nesse passo, o *Voto* faz um paralelo com a pena de morte em caso de guerra[233] e aborda a Lei de Biossegurança, afiançando que "não basta, [...], para o Direito, a formação do material genético humano para o tratamento como vida a ser protegida" (p.26). À frente, anota que "sem embargo, isso não significa afirmar ausência de proteção dos interesses do embrião ou do feto, mais especificamente do valor da vida humana, ao lado da pessoa humana", pois "existe a dignidade humana do feto, no sentido moral", e "esse *status* moral da vida humana é compartilhado pela sociedade, mas a moralidade majoritária da sociedade encontra limites na ordem constitucional frente aos direitos e liberdades fundamentais", donde "a proteção do nascituro, considerada a expressão do valor da vida humana em potencial, não coincide com o regime jurídico dos direitos fundamentais, seja quanto ao critério da titularidade, seja quanto ao âmbito de proteção" (p.28). Além disso, considera que "a vida humana tem graus de proteção diferentes no nosso ordenamento" e, "a depender do estágio de desenvolvimento biológico do feto, diminui-se o interesse em sua proteção face à precedência da tutela dos direitos da mulher" (p.28), entendendo equivocada a premissa que enxerga uma "contraposição necessária entre os direitos fundamentais do feto e os da mulher gestante, como se tratasse de confronto bipolar de bens jurídicos relevantes" (p.29). Isso colocaria "a discussão a respeito do problema como insolúvel e um choque entre dois direitos absolutos, sem factibilidade de concordância prática", aduzindo que "a escolha é por um ou outro direito" (p.29).

Prosseguindo na primeira premissa, o *Voto* aborda as normas convencionais vigentes no Brasil, dentre os quais a CADH, fazendo menção ao seu art. 4º, que "incorpora a noção da existência do direito à vida desde a concepção" (p.30). Quanto à expressão "em geral", que, como visto, aparece no art. 4º da CADH, se manifesta no sentido de que foi ali inserida "como metodologia jurídica para dar aos Estados liberdade de conformação decisória a respeito da interrupção da gestação, como muitos países já adotavam, incluindo o Brasil", o que rechaçaria "o argumento da

[232] Presume-se que essa afirmação inclui a excludente de punibilidade prevista no inciso I do art. 128 do CP.
[233] O *Voto*, s.m.j., não refere que o item 5 do art. 4º da CADH proíbe a aplicação de pena capital à mulher grávida, enquanto perdurar a gravidez.

existência da vida desse a concepção" (p.31). Agregando excertos de relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que versam sobre o art. 4º da CADH, e de decisões da Comissão Europeia de Direitos Humanos, que versam sobre a presença de vida humana no nascituro, conclui que "não se sustenta o argumento de que o embrião ou feto tenha prioridade normativa frente aos direitos humanos das pessoas nascidas, em particular da mulher":

> 60. O constitucionalismo brasileiro, assim como o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, não adota a tese do direito à vida desde o momento da concepção, antes compartilha o desenho institucional de proteção incremental do direito à vida, considerada a concordância prática necessária com os outros direitos fundamentais, a saber os direitos fundamentais das mulheres. (p.39)

4.2.1.2 Segunda premissa: direitos fundamentais das mulheres

Passando à **segunda premissa** (p.39-51), o *Voto* começa com uma análise da situação das mulheres, no País, que "por muito tempo [...] foram subjugadas, excluídas da arena pública e tratadas à margem da sociedade" (p.39). Os aspectos propriamente históricos fogem aos objetivos fixados no presente estudo, mas importa anotar que o *Voto* enfatiza "a atuação recente" do STF para "afastar estigmas históricos, culturais, sociais, profissionais e jurídicos no que diz respeito aos direitos das mulheres", atentando que não se prescinde, "na atual conjuntura social, de arcabouço sancionatório adequado e eficiente que possibilite, ainda que por meio da coerção estatal, a transformação de condutas", com vistas a se obter "a igualdade real e efetiva entre homens e mulheres" (p.47). No que aqui interessa mais de perto, afirma que "a título de proteção da mulher na sua dimensão biológica mais distintiva, a gestação, [...] encobrem-se autênticas discriminações", as quais limitam a "sua liberdade e autodeterminação pessoal", além do que "para algumas mulheres, a gravidez e o parto podem implicar doenças físicas e estresse máximo que alteram a vida ou até mesmo provocam a morte" (p.48). Também considera que "a opção pela maternidade pode até refletir estrutura discriminatória de gênero, fundada no conceito hierárquico de familia e na distribuição de papeis sociais estáticos", o que poderia implicar uma "falsa preferência da mulher" e não o "exercício livre da sua autodeterminação na elaboração do projeto de vida", competindo-lhe "tomar a decisão

pela maternidade, por meio da gravidez ou por outras fórmulas, a exemplo da adoção" (p.48-49). Em parágrafo que parece bem resumir as considerações precedentes quanto à segunda premissa, o *Voto* afiança:

> 86. Portanto, a partir das vertentes constitutivas da dignidade humana, cujos conteúdos são densificados na autonomia da vontade e na saúde psico-físico-moral, outra conclusão não se justifica: a maternidade é escolha, não obrigação coercitiva. Impor a continuidade da gravidez, a despeito das particularidades que identificam a realidade experimentada pela gestante, representa forma de violência institucional contra a integridade física, psíquica e moral da mulher, colocando-a como instrumento a serviço das decisões do Estado e da sociedade, mas não suas. Nesse contexto ao Estado, por conduta negativa, compete respeitar as liberdades individuais da mulher. (p.49)

Ainda quanto à segunda premissa, o *Voto* aduz que a CF, "ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, sobre o direito à privacidade, garantiu uma esfera exclusiva para o livre desenvolvimento da personalidade", sendo "preciso reconhecer que a autonomia, entendida como a capacidade das pessoas de se autodeterminarem, [...] consubstancia o núcleo essencial e inviolável do direito à liberdade, que inclui a liberdade reprodutiva" (p.50). Destarte, pondera que "a autonomia, associada à própria liberdade, é, pois, aptidão para tomar decisões, escolher os caminhos e direções da própria vida, adotar concepções ideológicas, filosóficas ou religiosas", isso "sem a possibilidade de interferências indevidas por parte de terceiros (seja particulares, seja o Estado)" (p.50-51). E, concluindo o raciocínio sobre essa premissa, alinha que:

> 89. Assim, para a análise do problema constitucional em deliberação, não há falar em antagonismo entre valores constitucionais, mas em relação necessária e consequente, em que a mulher, titular de direitos fundamentais, com oponibilidade de tutela em face do Estado nas decisões que conformam sua dignidade e sua autodeterminação e como ser e estar no mundo, deve usufruir de proteção adequada no campo da saúde reprodutiva como medida de tutela do nascituro.
> Os direitos fundamentais das mulheres constituem a segunda premissa deste voto. (p.51).

4.2.1.3 Terceira premissa: direitos sexuais reprodutivos

No que tange à **terceira premissa** (p.51-80), "direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais no desenho constitucional", o *Voto* começa por anotar

que, com a atual CF, a saúde foi alçada à categoria de direito *fundamental* social (CF, art. 6º)[234], "pela primeira vez ligado à tutela da pessoa humana" (p.51), para afirmar que "deve-se assegurar a não interferência e ingerência na integridade física e mental da pessoa, salvo justificada restrição (incidência do princípio da proporcionalidade)" (p.52). Nessa linha, entende que se impõe a adoção de "políticas públicas indispensáveis à tutela adequada do direito, na vertente prestacional que exige" (p.52), e, visando à redução dos riscos de doenças, "a adoção de uma agenda positiva voltada à concretização desse direito" (p.53), demandando o agir do Estado num "agir positivo, [...], materializado na disponibilidade de prestações normativas e materiais (administrativas)", e num "agir negativo de não ingerência arbitrária na esfera privada das pessoas, assegurando sua integridade física e mental, por exemplo" (p.53-54).

Dessa esfera, o *Voto* parte para "precisar o significado do direito à saúde das mulheres, consideradas as particularidades que conformam seus processos biológicos e fisiológicos, em especial no campo reprodutivo" (p.54), invocando, alguns dispositivos da CF, dentre eles o § 7º do seu 226, que enfoca o planejamento familiar, fundado "nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade (e maternidade) responsável", arguindo que dele se infere "expressamente a propriedade normativa da livre decisão e da não coerção estatal no exercício do direito ao planejamento" (p.54-55)[235]. Nessa vertente, também invoca a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o § 7º do art. 226 da CF, para destacar que "em essência, traduz marco normativo de garantia da liberdade das pessoas na tomada de decisões sobre questões reprodutivas e familiares com base na igualdade" (p.56). No mesmo âmbito do planejamento familiar, traz os acórdãos proferidos pelo STF na ADPF/54 (aborto de feto anencefálico)[236] e na ADI 3.150 (Lei de Biossegurança), para manifestar que a interpretação daquela lei "compatível com a ordem constitucional" é a que "confere máxima eficácia ao art. 226, § 7º, da Carta

[234] O *Voto*, s.m.j. não anota que a *maternidade* foi alçada à categoria de direito fundamental social pelo mesmo art. 6º da CF.
[235] O *Voto* também invoca os seguintes dispositivos da CF: art. 6º, *caput*, mas apenas na parte que inclui a saúde como um direito social; art. 193, que enuncia o objetivo do "bem-estar e da justiça sociais" na "ordem social"; os arts. 196 a 200, que tratam da saúde como direito de todos assegurado pelo Estado; e o art. 203 (ali indicado como "art. 200, III"), que assegura a prestação da assistência social a quem dela necessitar, "com especial objetivo de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice" (p.54). Porém, s.m.j., não toca no art. 227 da CF.
[236] A ADPF/54 será abordada no tópico 4.3.

Republicana", demandando "do Estado a criação de mecanismos para coibir a coerção no âmbito da liberdade reprodutiva" (p.58).

> Isso significa dizer que os direitos sexuais e reprodutivos são fundados em conceito amplo de saúde da mulher, que incorpora as dimensões de saúde sexual e reprodutiva, incluída nesta última o controle e redução da mortalidade materna e suas causas. [...].
> Pode-se dizer, portanto, [...] que os direitos sexuais e reprodutivos da mulher têm alicerce institucional construído em sua defesa e promoção, desde a perspectiva da saúde reprodutiva ampla, que conforma autêntico núcleo de uma justiça social reprodutiva.
> Os direitos sexuais e reprodutivos como derivado do direito constitucional brasileiro constituem a terceira premissa jurídica deste voto. (p.58-59)

Dessas assertivas, o raciocínio é desenvolvido em face do Direito Convencional, informando que, internacionalmente, "a liberdade reprodutiva é definida como o reconhecimento básico de todas as pessoas decidirem de forma livre e responsável sobre o planejamento familiar, [...] sem nenhum tipo de discriminação, coação ou violência" (p.55). Também afirma que "os principais instrumentos internacionais de direitos humanos em sua concepção contemporânea, [...], conferem fundamental importância à máxima realização dos direitos das mulheres" e que o "desenvolvimento e especificação do seu conteúdo" avançou especialmente "a partir da década de 1990" (p.59). Dentre esses, menciona a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEFDM), de 1979[237], e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), de 1966[238], uma e outro na esfera da ONU, e, no âmbito regional, a já aludida Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[239]. "Tais tratados internacionais dedicaram-se a assegurar o bem-estar da mulher à luz de suas específicas condições de gênero" (p.64), primando por iniciativas que visam à adoção, pelos Estados signatários, de medidas com o objetivo de promover a igualdade de direitos entre mulheres e homens, em diversos planos, notadamente no da saúde, presente a situação ainda hoje muito deficitária em vários países.

[237] "Promulgada pelo Decreto 89.460, de 20 de março de 1984, substituído pelo Decreto 4.377, de 13.9.2002" (p.60 do Voto).
[238] "Promulgado no Brasil pelo Decreto 591, de 6.7.1992" (p.61 do Voto).
[239] "Promulgada no Brasil pelo Decreto 1.973/1966" (p.63 do Voto); v. nota de rodapé nº 226.

Além desses tratados, o *Voto* traz a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento, de 1994[240], que "representou marco normativo fundamental no cenário internacional quanto aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e à afirmação da sua autonomia privada", exigindo, para esse desiderato, "amplas ações e políticas públicas de saúde reprodutiva" e reconhecendo "a responsabilidade masculina na procriação e na contracepção" (p.66). Da referida Conferência, resultou o Plano de Ação do Cairo, "que explicita preocupação com a saúde reprodutiva", compreendendo, inclusive, a "interrupção voluntária da gravidez em conformidade com o item 8.25". Dito parágrafo começa estabelecendo que "em nenhum caso se deve promover o aborto como método de planejamento familiar" e continua instando governos, organizações intergovernamentais e não-governamentais a "incrementar seu compromisso da saúde da mulher, a ocupar-se dos efeitos que os abortos realizados em condições não adequadas têm na saúde das mulheres", o que é visto como um "problema de saúde pública", e a "reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação da família" (p.67). Na mesma toada, continua o item 8.25 do Plano de Ação do Cairo prescrevendo que "se deve assegurar sempre máxima prioridade à prevenção das gravidezes indesejadas e fazer todo o possível para eliminar a necessidade do aborto" e, onde os abortos são legalmente admitidos, "devem ser realizados em condições adequadas", em qualquer caso se assegurando às mulheres "acesso a serviços de qualidade para tratar as complicações derivadas do aborto" (p.67).

Na sequência das iniciativas internacionais a respeito da proteção dos direitos da mulher, o *Voto* correlaciona: (a) a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, o Desenvolvimento e a Paz, de 1995, denominada como Conferência de Pequim, a qual, além de realçar o direito da mulher "a ter controle sobre as questões relativas a sua sexualidade, inclusive a saúde sexual e reprodutiva, e decidir livremente a respeito dessas questões, sem ver-se sujeita à coerção, à discriminação e à violência", trouxe "expressa orientação de revisão das legislações punitivas em relação ao aborto, haja vista o correto enquadramento como questão de saúde pública" (p.67); e (b) os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030, que visam a

[240] O texto do plano de ação da Conferência do Cairo, assim como o resultante da Conferência de Pequim, que será abordado à frente, podem ser lidos na publicação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, intitulada "Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres" (Brasil, 2006).

“eliminar a pobreza extrema e a fome, oferecer educação de qualidade ao longo da vida para todos, proteger o planeta e promover sociedades pacíficas e inclusivas até 2030”, cuja meta 5.6 contempla “assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade” com os programas e documentos que menciona (p.69).

Importa adiantar um pouco a fala do *Voto*, para trazer a distinção que faz, consoante definições da OMS, entre: (a) *saúde sexual*, que é tida como “um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social relacionado à sexualidade”, não se referindo “à mera ausência de doenças, disfunções ou enfermidades”; e (b) *saúde reprodutiva*, que se relaciona “à capacidade de reproduzir-se e à liberdade de adotar decisões informadas, livres e responsáveis, sobre seu comportamento reprodutivo” (p.71).

Retomando a ordem expositiva, o *Voto* atenta que, apesar de as conferências, cúpulas e programas de ação internacionais apresentarem “tessitura aberta” e “caráter principiológico”, na “maior parte das suas disposições”, estabelecem “linhas mestras para nortear a elaboração da legislação doméstica sobre o direito à saúde sexual e reprodutiva das mulheres, [...] no sentido de que sejam alcançadas as finalidades e objetivos ali consagrados” (p.69). Ademais, o *Voto* avalia que, quando das Conferências do Cairo e de Pequim, “os problemas relacionados ao direito à saúde sexual e reprodutiva foram descortinados e receberam luzes reveladoras da realidade social subjacente, marcada por profundas deficiências, discriminações e inacessibilidades”, o que os alocou no âmbito da “saúde pública” (p.69). A perspectiva que então se abriu sobre tais problemas deu azo a novas interpretações sobre o art. 12 do Pidesc, que versa “sobre o direito à saúde em seu mais alto nível, [...], com o objetivo de desenvolver o conteúdo normativo do direito à saúde sexual e reprodutiva, uma vez que, quando da aprovação do pacto em 1966, não havia consensos em torno da matéria” (p.70), gerando *Comentários Gerais* aprovados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Dentre essas glosas, o *Voto* menciona os Comentários Gerais nºs 14, de 2000, e 22, de 2016[241], sendo que o último faz “referência expressa ao oferecimento de medicamentos para a interrupção voluntária da gravidez, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela” OMS, “para melhorar e prover a segurança a esse tipo de procedimento médico” (p.73).

[241] Esses comentários podem ser lidos na Biblioteca Digital da ONU (2000, 2016).

Pouco antes, o *Voto* já citara o Comentário Geral nº 22, no sentido de que este esclarecera o "conteúdo normativo do direito à saúde sexual e reprodutiva", constante de comentário anterior, quanto aos "elementos" a serem "observados no desenho das políticas públicas prestacionais de saúde, de forma conjunta e relacional, quais sejam: *i)* disponibilidade, *ii)* acessibilidade, *iii)* aceitabilidade e *iv)* qualidade" (p.71). Passa, então, a explanar sobre esses elementos, entendendo que *disponibilidade* compreende "disponibilizar medicamentos seguros e eficazes na contracepção preventiva e de emergência, medicamentos para assistência nos casos de aborto, com o cuidado posterior", como "também o oferecimento de procedimentos médicos relacionados à esterilização cirúrgica, à emergência obstetrícia, ao aborto seguro e ao planejamento familiar" (p.71-72). A *acessibilidade* contempla a "remoção e superação dos obstáculos físicos, sociais e culturais", suporte financeiro, público ou privado, para oferecimento de "serviços, bens e programas de saúde, com base na igualdade econômica (modicidade)" e a "difusão das informações que estruturam o direito à saúde sexual e reprodutiva" (p.72). Já o elemento *aceitabilidade*, "bem-vistas as coisas, dialoga muito com o da acessibilidade, por exigir tratamento não discriminatório às pessoas", na medida em que "não compete aos estabelecimentos ou profissionais levar em consideração questões de gênero, idade, raça, religião ou outras na prestação dos serviços essenciais de saúde sexual e reprodutiva" (p.72). Por fim, a *qualidade* pressupõe o oferecimento de "serviços, bens e programas eficazes, de acordo com as evidências científicas e inovações tecnológicas, as quais devem ser periodicamente atualizadas para incorporar os avanços médicos" (p.73).

Mais explicitamente, o parágrafo 28 do Comentário Geral nº 22, citado integralmente no *Voto*, de um lado, recomenda que os Estados "adotem medidas legais e políticas para garantir a todas as pessoas o acesso a contraceptivos seguros e eficazes e uma educação integral sobre a sexualidade, em particular para as adolescentes" e, de outro, "liberalizem as leis restritivas do aborto", "garantam o acesso das mulheres e meninas a serviços de aborto sem risco e assistência de saúde" e "respeitem o direito das mulheres de adotar decisões autônomas sobre a sua saúde sexual e reprodutiva" (p.73). À frente, o *Voto* traz, também integralmente, o parágrafo 49 do referido comentário, o qual arrola "obrigações básicas" dos Estados, em relação à "satisfação de níveis mínimos essenciais do direito à saúde sexual e reprodutiva" (p.74), avultando-se, dentre elas, as obrigações de "revogar ou eliminar

leis, políticas e práticas que penalizem, dificultem ou prejudiquem o acesso de pessoas ou de determinados grupos a estabelecimentos, serviços, bens e informações sobre saúde sexual", de "garantir o acesso universal e equitativo a serviços, bens e instalações acessíveis, aceitáveis e de qualidade para a saúde sexual e reprodutiva, particularmente para mulheres e grupos desfavorecidos e marginalizados", de "adotar medidas para prevenir abortos em condições de risco e fornecer assistência e ajuda psicológica após o aborto para quem necessitar", de "assegurar que todos os indivíduos e grupos tenham acesso a educação abrangente e informação sobre saúde sexual e reprodutiva que seja não-discriminatória, nem imparcial, [...]" e "fornecer medicamentos, equipamentos e tecnologias essenciais para a saúde sexual e reprodutiva, em particular com base na Lista de Medicamentos Essenciais da OMS40"[242] (p.75).

O *Voto* ainda alinha dois importantes documentos internacionais. O primeiro consiste no mencionado PIDCP, mas, mais precisamente, cita o também aludido Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP do Comitê de Direitos Humanos da ONU, na parte em que comenta que, "embora os Estados Partes possam adotar medidas destinadas a regular a interrupção voluntária da gravidez, tais medidas não podem resultar em violação do direito à vida das mulheres e meninas grávidas, ou dos seus outros direitos à luz do Pacto" (p.75). Mais à frente, afirma que "o Comitê foi taxativo no sentido de que os Estados Partes **não** devem aplicar sanções penais às mulheres e meninas que recorrem ao aborto ou aos profissionais da área médica que lhes prestam assistência para o efeito", na medida em que isso "as obriga a recorrerem ao aborto inseguro" (p.76; grifo do original). Dessa feita, entende o *Voto* que "o Comitê determina que os Estados Partes devem eliminar as barreiras existentes ao efetivo acesso ao aborto legal e seguro, incluindo barreiras resultantes do exercício da objeção de consciência por profissionais da área da saúde", e igualmente lhes compete "proteger eficazmente as vidas das mulheres contra os riscos para a saúde mental e física associados aos abortos inseguros e a prevenir a estigmatização das mulheres e meninas que recorrem ao aborto" (p.76).

[242] A Lista de Medicamentos Essenciais da OMS pode ser consultada via Internet, na versão em inglês (Disponível em: https://list.essentialmeds.org. Acesso em: 8 nov. 2024). Na 22ª seção, relativa a medicamentos para a saúde reprodutiva e cuidados perinatais (*Medicines for reproductive health and perinatal care*), encontram-se aqueles utilizados, assim na contracepção de emergência, como para indução do parto, quer visando a um nascimento com vida, quer não (aborto).

O segundo, já na esfera regional, consiste no Consenso de Montevidéu sobre População e Desenvolvimento, promanado dos representantes dos países membros e associados na Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) da ONU, em 2013[243]. Esse Consenso, em vista das "elevadas taxas de mortalidade materna, em grande medida devida à dificuldade para acessar serviços adequados de saúde sexual e reprodutiva e à realização de abortos inseguros", preconizou "mais de 120 medidas sobre oito temas identificados como prioritários para dar seguimento" ao programa de ação resultado da Conferência do Cairo de 1994 (p.76). O *Voto* informa que as "experiências na região" apontam para uma "influência da criminalização do aborto no aumento das taxas de mortalidade e morbidade materna, sem impacto na redução do número de abortos", em razão do que os Estados "acordaram revisar a legislação, as normas e as práticas restritivas do acesso aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, bem como eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna", os quais foram instados a "considerar a possibilidade de modificar as leis, normas estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes" (p.76-77). São citados, ainda, os parágrafos 40 a 46 do Consenso de Montevidéu, que "dizem respeito à interrupção voluntária da gravidez", mas igualmente trazem questões relacionadas à educação em saúde sexual e saúde reprodutiva, a métodos contraceptivos e à garantia de "um acesso universal à saúde sexual e à saúde reprodutiva de todos e todas, incluindo homens, mulheres, adolescentes, jovens, idosos e pessoas com deficiência, sem discriminação" (p.78).

Na parte final da terceira premissa, o *Voto* assevera que, "ao assinar e ratificar" os tratados e "aprovar" os planos de ação que invoca, o Brasil se comprometeu "a tomar medidas legislativas ou executivas adequadas aos fins estabelecidos, quais sejam: promover e proteger os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e adolescentes, a partir da perspectiva da saúde pública" (p.79). Também se posiciona considerando a "manifesta natureza especial dos tratados internacionais de direitos humanos, assim como da derivada jurisprudência" forânea, para entender que se há de atribuir "força normativa aos princípios e normas internacionais de direitos humanos, alcançando, inclusive, os Programas

[243] O texto do Consenso de Montevidéu pode ser lido no repositório digital da Comissão Econômica para América Latina e Caribe da ONU (2013).

de Ação e Declarações firmadas pelos Estados partes nas Conferências de Cairo [e Pequim]" (p.80), adotados nos comentários gerais ao art. 12 do Pidesc. Conclui, com relação a essa parte, no sentido de que:

> *De acordo com o arcabouço normativo e principiológico do direito internacional dos direitos das mulheres, compete ao Estado brasileiro a adoção de medidas institucionais vocacionadas à construção de um sistema de justiça social reprodutiva baseado em quatro elementos essenciais: disponibilidade, acessibilidade (física, modicidade e informacional), aceitabilidade e qualidade.* (p.80)

4.2.1.4 Quarta premissa: justiça social reprodutiva

Volvendo à **quarta premissa** e última (p.80-98), o *Voto* começa invocando o objetivo da ordem social do bem-estar e da justiça sociais (CF art. 193) para afirmar que "fica claro que, no contexto dos direitos reprodutivos tal como estabelecido nos textos constitucionais, internacionais e legais", ali acenados, "o perfil instrumental de acesso a esses direitos, que equivale à dimensão prestacional do direito à saúde, é fundamental" (p.80). O *Voto* manifesta que "o sistema de justiça social reprodutiva decorre da premissa da proteção à saúde pública em matéria de direitos à saúde sexual e reprodutiva da mulher, considerada sua liberdade na construção do projeto de vida digna que lhe pareça coerente", que compreenderia a "disponibilização e qualidade dos medicamentos e procedimentos médicos necessários à formulação do planejamento familiar, como os métodos contraceptivos e o aborto legal", sempre "em conformidade com a liberdade e a autonomia da mulher" (p.81). Ademais, entende que "obstáculos das mais variadas ordens contribuem para a debilidade no exercício dos direitos reprodutivos das mulheres", o que "afeta de forma mais gravosa, as mulheres vulneráveis, da perspectiva social e econômica" (p.81), apontando "falhas estruturais na acessibilidade das mulheres à informação, à educação, aos serviços de atendimento de saúde, aos procedimentos médicos seguros e medicamentos relacionados à saúde sexual e reprodutiva", e que "quanto mais desigualdade, mais inadimplemento constitucional" (p.82).

De modo especial, o *Voto* introduz o tema do "problema da gravidez indesejada, que não tem como ser evitada em sua totalidade", pontuando três causas: (a) "falta de acesso das mulheres ao sistema de saúde reprodutiva preventiva, em especial às pertencentes ao quadro socioeconômico vulnerável"; (b) "falibilidade dos

métodos contraceptivos, mesmo os mais modernos"; e (c) "violência sexual a que as mulheres são submetidas" (p.82), aduzindo que:

> A vida não é cartesiana e não se submete à lógica matemática indispensável ao resultado almejado, as falibilidades são inerentes ao agir humano e seu cotidiano, como ao agir científico, embora com percentuais controlados e reduzidos.
> Considerando esse fator ineliminável da vida humana, a falibilidade, fica claro que a falha no planejamento, ou no uso dos medicamentos e procedimentos seguros de contracepção, não pode, por si só, ensejar a responsabilização criminal da mulher. A falha na contracepção, repito, é fenômeno completamente alheio ao controle da mulher. Ao assim exigir e regulamentar a conduta, impõe-se a responsabilidade com restrição excessiva e desmedida sobre a mulher, visto que não está a seu alcance a segurança dos medicamentos ou procedimentos contraceptivos. (p.82)

Continuando nesse tema, o *Voto* afirma que "o objetivo pretendido no sistema de justiça social reprodutiva é evitar o índice de gestação não desejada", de tal modo que, "ocorrendo a gravidez, deve-se disponibilizar medicamentos e procedimentos seguros à saúde reprodutiva da mulher e seus direitos fundamentais, considerada a natureza sanitária da questão" (p.83). E, "nesse marco, cumpre-se colocar em debate o acesso à interrupção voluntária da gestação, como uma das respostas adequadas da justiça reprodutiva". Para reafirmar essa assertiva, anota que diversas entidades da área da saúde brasileira convergem em "classificar o aborto como um problema de saúde pública das mulheres, **notadamente considerando que o aborto inseguro é uma das quatro causas diretas da mortalidade materna**" (p.83; grifos do original), sendo que "a mortalidade por aborto inseguro sem dúvida não se justifica em uma sociedade com o avanço tecnológico e da medicina, como a brasileira, que tem condições de disponibilizar de forma segura o procedimento do aborto, como método de proteção da saúde da mulher" (p.84).

Ademais, o *Voto* aponta que "o aborto ilegal surge da consciência de que a fecundidade não controlada representa um obstáculo da integração da mulher na sociedade política, econômica e social", e parece indicar que isso também é fruto da "inacessibilidade das políticas públicas de saúde reprodutiva adequadas às comunidades mais vulneráveis, somada à insuficiência dos métodos contraceptivos", que resultam na opção pelo "aborto ilegal como único procedimento efetivo de controle da fecundidade" (p.84), o que resulta em graves riscos para a saúde da mulher, inclusive risco de morte, atestado pelas estatísticas de atendimentos do SUS.

> 131. O enfrentamento do aborto inseguro passa, necessariamente, pelo planejamento familiar responsável, a partir do controle reprodutivo saudável e seguro. Posto isso, a implementação e expansão da oferta de métodos anticoncepcionais no SUS, e o aumento do acesso devem ser vistos como importantes medidas de prevenção ao aborto e, nesse sentido, urgentes.
> Em suma: a ausência de conhecimento sobre a saúde sexual e reprodutiva, a inacessibilidade aos métodos contraceptivos e à orientação em termos de planejamento familiar, incrementam os números da gravidez indesejada e, potencialmente, o recurso ao aborto clandestino e inseguro, como meio de resolução dos dilemas existenciais enfrentados pela mulher que se encontra nessa situação, que pode decorrer de uma fecundidade irresponsável (por parte do homem, inclusive) ou mesmo da falha na contracepção. Trata-se de um ciclo vicioso e com impacto proeminente sobre a mulher. (p.85)

Em apoio a esse entendimento, o *Voto* vale-se de dados colhidos pela OMS e de documento da *International Women's Health Coalition*, braço consultivo da ONU para saúde da mulher e que atua junto à OMS. Esse documento aponta que, nalguns "países em que o aborto foi descriminalizado, observou-se, com o passar dos anos, uma redução do número de procedimentos realizados, associado a um contexto de ampliação do uso de métodos contraceptivos", trazendo exemplos da Romênia – onde, ao lado da descriminalização, houve "aumento das políticas de planejamento familiar e do uso de contraceptivos" –, Portugal e África do Sul (p.86; suprimidos os grifos do original). Reafirmando partir "dessa realidade da saúde pública", alinha que o "pilar estruturante da **justiça social reprodutiva**" abarca, não apenas o "campo da política educacional e de prevenção, com acesso ao planejamento familiar, facilitando as gestações esperadas", mas "abarca também o direito ao procedimento seguro da interrupção voluntária da gestação, em seu estágio inicial, como medida precisa para a redução da mortalidade materna", esclarecendo, ainda, que no "campo da justiça social reprodutiva, insere-se a proteção do direito da mulher de escolher livremente continuar ou não a gestação, ter ou não um filho", (p.87; grifos do original). O argumento é retomado logo à frente, no sentido de que a ausência ou insuficiência do conteúdo atribuído pelo *Voto* à justiça social reprodutiva, aí incluída a interrupção da gestação ao livre-arbítrio da mulher, "leva, na maioria dos casos, ao aumento das taxas de mortalidade materna, que, por sua vez, são formas de violação do direito à vida da mulher", porquanto "a debilidade normativa e institucional sujeita a mulher a tratamentos médicos degradantes à sua integridade física, moral e psíquica" (p.87).

Na sequência, o *Voto* traz diversas decisões de tribunais constitucionais ou cortes supremas de países forâneos, que "revelam a tendência contemporânea do constitucionalismo de colocar, no panorama internacional, o problema da saúde

sexual e reprodutiva das mulheres como uma questão de saúde pública e de direitos humanos, cuja principal nota consiste na interdependência dos direitos" (p.97; suprimidos os grifos do original), ou seja, decisões que vêm ao encontro do raciocínio ali desenvolvido.

> 135. Diante do sistema de justiça social reprodutiva e dos direitos fundamentais e humanos das mulheres, é possível antever a contrariedade à constituição, pela violação do princípio da proporcionalidade das regras dos arts. 124 e 126 do Código Penal, que prescrevem a criminalização do aborto nas doze primeiras semanas de gestação.
> 136. É preciso ponderar, se, no contexto atual, do século XXI, em que se observa a previsão de outras tutelas dos direitos reprodutivos e da dignidade da mulher – com índice de eficácia na redução da mortalidade materna e das gestações não desejadas –, a prisão – medida extrema de coerção e violência do Estado – se justifica como adequada e eficaz na perseguição da finalidade da tutela do direito à vida humana[244].
> 137. Mais uma vez, repito. Não é demais insistir que a discussão sobre a interrupção voluntária da gestação, no seu estágio inicial, precisa de reflexão, como feita nesta deliberação. Seja pela questão da interseccionalidade, seja pela complexa relação de moralidade baseada no castigo à mulher por não cumprir com seu dever social, previamente atribuído. A punição sofrida pelas mulheres em situações humilhantes, de flagrante violação ao *ethos da moralidade individual*, como ser presa em uma cama de hospital na sequência de procedimento de emergência obstetrícia provoca uma indignação. É esta a cena que nos afirma como sociedade democrática construída sobre os pilares dos direitos fundamentais e da racionalidade jurídica? O aborto não se trata de decisão fácil, que pode ser classificada como leviana ou derivada da inadequação social da conduta da mulher.
> 138. Por tais razões, a solução normativa para a proteção dos valores constitucionais em conflito, há de ter em conta ampla gama de questões.
> A tutela penal, *não obstante a dignidade punitiva que tenta emprestar à proteção do valor intrínseco da vida humana, como passo a examinar, revela-se irracional sob a ótica da política criminal, ineficaz, do ponto de vista da prática social, e inconstitucional da perspectiva jurídica*.
> *Daí a centralidade que assume a estrutura institucional da justiça social reprodutiva como tutela adequada e suficiente para a proteção do elemento em comum na discussão do aborto, que é a dignidade da vida humana, seja da perspectiva das mulheres, seja da perspectiva do valor intrínseco que assume para a sociedade e o estado constitucional*.
> *A justiça social reprodutiva constitui a quarta premissa do voto*. (p.98)

4.2.1.5 Tutela penal como resposta do Estado à proteção da vida humana

Ultrapassadas as premissas, o *Voto* se põe a analisar os três pontos já arrolados acima, começando com o exame da "tutela penal como resposta do Estado à proteção do valor da vida humana" (p.98-114), que versa "sobre a legitimidade da restrição eventualmente fixada (reserva legal)" e, "principalmente, sobre a

[244] Compare-se essa afirmativa do *Voto* com aquela encontrada no seu item 82 (p.47).

compatibilidade das restrições com a regra da proporcionalidade" (p.99). Começa por dizer que "as constituições não definem as medidas concretas necessárias e eficazes a serem implementadas na realização de direitos fundamentais", o que compete "justamente à arena política", inclusive quanto às "conformações institucionais para a concretização de direitos fundamentais, de acordo com os conhecimentos técnicos disponíveis naquele momento", ou as "possibilidades fáticas e jurídicas das ações estatais em contextos históricos, marcados por uma temporalidade", tendo o Poder Judiciário como órgão de "controle das ações estatais para verificar sua compatibilidade com a Constituição e todo o bloco de convencionalidade" (p.99).

Alertando que "o pedigree representativo da democracia não justifica a tomada de qualquer decisão política", já que "os poderes constituídos devem observar a estrutura dos direitos fundamentais, autênticos controles de validade do agir estatal", o *Voto* traz à tona "a regra da proporcionalidade que, nos termos da jurisprudência" do STF, "se irradia por todo o ordenamento jurídico" (p.99). Nessa linha, aponta que se mostra "possível a declaração de inconstitucionalidade, ou de não recepção, de diplomas normativos conflitantes com aquele princípio transversal", visto que o Poder Legislativo deve "agir com fidelidade e estrito cumprimento às suas subregras (**adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**)" (p.99-100; grifos do original), citando acórdãos que embasam esse entendimento. Na continuidade, esclarece que "os meios escolhidos devem guardar adequação aos objetivos pretendidos", de forma que, uma vez "constatada a sua ineficácia ou a existência e disponibilidade no sistema de outras medidas institucionais menos lesivas, impõe-se a pecha da inconstitucionalidade do ato normativo, por transgressão à regra da proporcionalidade" (p.100).

Daí, o *Voto* parte para "investigar se os dispositivos da criminalização do aborto (arts. 124 e 126 do CP), [...] **respondem de forma positiva à regra da proporcionalidade, em específico aos testes das subregras de adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito**" (p.100; grifos do original), partindo de quatro indagações, "como premissas ao raciocínio a ser empreendido": (a) "a escolha legislativa protege o bem jurídico pretendido, a vida humana intrauterina?"; (b) "o desenho institucional apresenta resultados satisfatórios na prática institucional e social?"; (c) "o objetivo perseguido pode ser alcançado por outra medida

estatal?"; e (d) "outras formas de tutela implicam menos restrição aos direitos fundamentais das mulheres?" (p.100).

Em vista disso, o *Voto* analisa a "adequação da criminalização aos princípios do Direito Penal, em particular ao da intervenção mínima" (p.100-101), sustentando que "o argumento da ineficácia da criminalização do aborto nas 12 doze primeiras semanas de gestação foi objeto de qualificado exame na audiência pública" convocada, onde houve "contestações razoáveis acerca da sua coerência normativa e fática no discurso jurídico e na prática social" (p.101)[245]. Ao lado da "proteção da vida humana em potencial", o *Voto* coloca "os direitos reprodutivos das mulheres gestantes" e pergunta "qual medida normativa coloca-se no marco constitucional como suficiente para a tutela da dignidade da vida em potencial e da vida da mulher e, ao mesmo tempo, impõe menor onerosidade na intervenção da esfera jurídica da mulher?" (p.101). A seguir, passa pela noção de que "a regra penal precisa ser logicamente consistente com seus objetivos para ser constitucional", devendo "corresponder a uma maneira racional de correção das exigências da cláusula de proteção tanto do feto quanto da mulher", para, "em caso negativo", afastar a norma penal "e ceder lugar às alternativas institucionais sociais, como as políticas voltadas à concretização da justiça social reprodutiva" (p.101).

Para o *Voto*, somente com "o estudo da ordem constitucional em seu contexto normativo sistêmico e nas relações de interdependência dos direitos fundamentais", é possível justificar "a atuação estatal na proteção da dignidade da mulher enquanto pessoa humana, sujeito e titular de direitos fundamentais" (p.101). Salienta que "fundamentar o agir do Estado, para a consecução da tutela da dignidade da vida humana, com a criminalização da decisão da mulher, tomada com fundamento nos seus direitos fundamentais, é tarefa interpretativa inconciliável com o bloco de constitucionalidade", porquanto "a coerção penal não oferece desestímulo à situação vivenciada pela mulher que toma a decisão pela interrupção da gravidez" e "não cumpre com o dever de proteção ao nascituro enquanto bem jurídico tutelado pela norma penal" (p.101-102).

[245] S.m.j., não se encontra, no *Voto*, outras razões ou justificativas para a fixação das "12 primeiras semanas de gestação" como período no qual seria passível a realização de aborto ao livre-arbítrio da mulher.

Segundo o *Voto*, a realidade brasileira, vista “por diversas lentes”, evidencia a “incapacidade normativa da criminalização para interferir nas questões mais existências da autonomia da mulher”, trazendo a fala de representante da Academia Nacional de Medicina na audiência pública, segundo a qual “negar o acesso ao aborto por meio de procedimentos e medicamentos seguros quando dele a mulher necessita não é usar critérios médicos com base na melhor evidência, mas exercer um juízo moral” (p.102; suprimidos os grifos do original). Também a “prática social, identificada no comportamento” de diversos “atores sociais”, “revela a reprovação majoritária da criminalização da decisão da mulher como resposta legítima ao problema da interrupção da gravidez” e “demonstra a irrelevância normativa (ineficácia) da regra como razão para a ação desses atores sociais”, conquanto enuncie que parcela deles “por objeção ao aborto, por motivos de reprovação moral, denunciam mães que decidem por esta prática”, ainda que “não seja parcela considerável (levando em conta o aspecto quantitativo)” e as denúncias sejam feitas “a despeito da ética médica e do sigilo profissional” (p.103).

Em apoio a tais assertivas, o *Voto* referencia manifestações havidas na audiência pública e colaciona informações a respeito de “dados coletados no Painel de Estatísticas do Poder Judiciário, por meio de quadros formados a partir de critérios específicos de pesquisa” (p.104). Os dados foram dispostos em cinco painéis estatísticos e, posto que elucide não se tratar de pesquisa “exaustiva, em termos empíricos”, sua finalidade foi “revelar, por amostragem, o argumento da ineficácia social e institucional da criminalização, da perspectiva do Sistema de Justiça Criminal”, assim como “dimensionar, em cotejo com o número estimado de abortos realizados na prática, o baixo índice de persecução penal” (p.106). O *Voto*, contudo, aduz que, “indiferentemente do índice de persecução penal, e mesmo que fosse de 1%”, são graves “as consequências experimentadas, individual e concretamente, na vida das mulheres”, “além do efeito estigmatizante” (p.106-107), e cita conclusão de relatório da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que sustenta que “a criminalização do aborto [...] não atende à função preventiva da pena, consistindo o seu cometimento em verdadeira prática enraizada na sociedade”, e “tampouco atende à função punitiva da pena”, visto que é um “pequeno número de pessoas que chegam ao sistema penal” e há “farta aplicação da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo

(art. 89 da Lei nº 9.099/1995)", de modo que não há "formação da culpa, tampouco responsabilização penal" (p.107; suprimidos os grifos do original).

Adiante, o *Voto* pontua que, apesar da criminalização do aborto, "não há, na prática institucional, convicção jurídica da reprovação da conduta, com incidência da sanção penal restritiva de liberdade da mãe, tampouco o incentivo na sua aplicação" e que "não se tem convicção moral em favor da criminalização do aborto, mas antes acerca da reprovação da conduta e da responsabilidade sobre ela, haja vista o consenso social sobreposto ao valor intrínseco da vida humana" (p.108). Alinhando que "as mulheres que em algum momento da sua vida reprodutiva decidem pela interrupção voluntária da gravidez são as mesmas que convivem com todos nós no cotidiano da vida", destaca que, se elas apresentam "suficiência econômica", "têm acesso ao aborto seguro" (p. 109). Contudo, aquelas que "acessam o aborto clandestino e inseguro, da perspectiva sanitária" e recebem "a resposta mais extrema do Estado, a coerção penal" encontram-se em situação "de baixa ou hipossuficiência econômica" (p.109), ou, como aponta em nota de rodapé, "são as vulneráveis entre as mais vulneráveis: são pobres, com baixa escolaridade, residentes em áreas periféricas e sub-remuneradas" (p.109, nota de rodapé nº 66; suprimidos os grifos do original).

Para mais, o *Voto* assinala que a norma penal vigente desde 1940 "não apresentou resultados empiricamente significativos" (p.109), mostrando que "**a resolução do problema sob essa ótica é ilusória**" e que "a criminalização vulnera os princípios fundamentais do direito penal e os direitos das mulheres, enquanto não protege o feto" (p.110; grifos do original) e, por conseguinte, "não sustenta a validade do argumento subjacente à regra, consistente na proteção da vida humana a partir da redução dos abortos" (p.111). Nos seus termos:

> 156. A política criminal instituída nos arts. 124 e 126 do Código Penal objetivou tutelar de forma digna a vida humana, considerada a viabilidade potencial da vida intrauterina. No entanto, no decorrer de sua vigência, é de conhecimento notório que não produziu a eficácia institucional e social pretendida. Muitos fatores e causas explicam a ineficácia da política criminal no tratamento do aborto, que, não obstante tenha natureza geral e abstrata, de alcance irradiado para a sociedade e seus subgrupos sociais, a verdade é que apresenta solução normativa individual, face os elementos que identificam a questão do aborto.
> 157. Da **perspectiva social**, está evidenciada a inadequação da criminalização da interrupção voluntária da gestação, de acordo com as práticas sociais e institucionais experimentadas desde o marco constitucional de 1988. Da **abordagem da interpretação jurídica**, tem-se que impedir coercitivamente a mulher de decidir pela interrupção voluntária da gravidez

> impõe ônus excessivo baseado no gênero. Paralelamente, a face coercitiva da **tutela penal**, na sua personalidade restritiva da liberdade da mulher, não responde aos imperativos da idoneidade, da racionalidade e da legalidade constitucional. Soma-se ao quadro argumentativo a ineficácia da tutela penal para a persecução da proteção da vida do nascituro.
> As sanções penais têm efeito dissuasório limitado sobre a autonomia da mulher que enfrenta o contexto decisório sobre os motivos acerca da interrupção voluntária da gravidez [pelo] aborto. Por isso mesmo, incapaz de influenciar na redução dos índices da mortalidade materna e, por consequência dos abortos, o declínio constatado nessas taxas, nos últimos anos, se deve, em verdade, ao resultado das políticas de prevenção e proteção da saúde sexual e reprodutiva da mulher, em um cenário multifatorial e complexo. (p.112; grifos do original)

Fechando a análise sobre a "tutela penal como resposta do Estado à proteção do valor da vida humana" (p.98), o *Voto* assevera:

> 158. *Nesse contexto, e com fundamento nas razões delineadas nas premissas deste voto, entendo que a intervenção estatal, acima como experimentado nos países que invalidaram a tipificação penal do aborto, justifica-se da perspectiva constitucional, no espaço da tutela consistente em políticas públicas necessárias à concretização social reprodutiva. Vale dizer, insustentável, nessa, a resposta estatal da criminalização da decisão da mulher como resposta adequada para a proteção do valor da vida humana, frente ao sistema de justiça social reprodutiva.*
> **Com efeito, a criminalização do ato não se mostra como política estatal adequada para dirimir os problemas que envolvem o aborto, como apontam as estatísticas e corroboram os aportes informacionais produzidos na audiência pública.**
> Por outro lado, e em acréscimo ao acesso educacional da justiça reprodutiva, a redução do procedimento de aborto deve ocorrer a partir da consciência construída no espaço da moral privada de cada indivíduo, de acordo com suas convicções éticas e morais.
> *Não obstante a justificativa da inadequação da tutela penal no fomento da proteção da vida humana intrauterina, é certo que, pelas razões expostas, ficou constatada a sua baixa densidade normativa sob a subregra da* ***adequação***. [...]. (p.113-114; grifos do original)

4.2.1.6 Criminalização do aborto e restrição dos direitos fundamentais das mulheres

Partindo para a "subregra da necessidade, o segundo critério que constitui a regra da proporcionalidade" (p.114-124), o *Voto* busca verificar se "a criminalização do aborto responde ao dever de tutela da vida humana" e se "justifica-se frente à restrição dos direitos fundamentais das mulheres" (p.114; suprimidos os grifos do original). Parte das ideias de que "a hipótese de criminalização primária ou secundária deve ser sempre a última escolha normativa do Estado, para tutelar bens jurídicos caros" e de que "o Direito Penal como *ultima ratio* da política social, [...] somente deve

ser alocado no quadro normativo quando comprovadas a inidoneidade e a insuficiência das alternativas de outras tutelas" (p.114). Presente o "princípio da intervenção mínima", entende que é "indispensável examinar a compatibilidade do desenho da tutela penal alocada como medida necessária à proteção do bem jurídico" e argumenta que "a tutela da vida intrauterina não ampara, *prima facie*, a restrição absoluta no âmbito de proteção dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da autodeterminação e da saúde da mulher" (p.114-115).

Tendo presente que "a proteção da gestante está umbilicalmente associada à proteção do feto, na medida em que a gestação ocorre no interior do seu corpo físico", o *Voto* manifesta que "a salvaguarda do nascituro tem razão quando incluídas nesse âmbito de proteção as mulheres grávidas, nas diversas faces da sua personalidade, como a psíquica, física, biológica e socialmente" e, em razão disso, propõe o "reposicionamento da discussão da interrupção voluntária da gravidez indesejada do campo persecução penal para o da saúde pública", na medida em que entende que "o provimento de serviços de aborto seguros igualmente centra-se na arena da saúde pública" (p.115-116). Informando, a partir de experiências internacionais, que "hoje já se sabe quais as ferramentas capazes de operar a redução das taxas de aborto e, por conseguinte, para fomentar", de um lado, "a proteção da vida intrauterina" e, de outro, o "respeito e consideração jurídica aos direitos fundamentais das mulheres, em especial o próprio direito à vida dessas mulheres que se sujeitam ao aborto inseguro" – sem dúvida, "uma das causas de mortalidade materna" (sublinha do original) – entende que, para evitá-lo, hão de ser oferecidos "procedimentos médicos e medicamentosos seguros para a interrupção voluntária da gestação, quando for a decisão da mulher, com o objetivo de assegurar o seu direito à saúde na integralidade" (p.116-117).

O *Voto* parte, então, para a "validade constitucional do sistema de justiça reprodutiva" em face de "duas razões essenciais". Como "ponto de partida [...] no equacionamento da questão da interrupção voluntária da gravidez, no marco expresso das doze primeiras semanas", considera os "direitos das mulheres à liberdade de planejamento familiar, à autodeterminação pessoal, à intimidade, à igualdade, à dignidade e à saúde, incluído no seu âmbito de proteção os direitos sexuais e reprodutivos" (p.117). Nos seus termos, "a tutela da vida humana

intrauterina é construída, do ponto de vista normativo, com a participação da mulher e não sem ela, tampouco contra sua autonomia no processo reprodutivo e de planejamento familiar" (p.117).

> 166. Como segunda razão da validade da resposta radicada no sistema de justiça social reprodutiva, entendo que a potencial viabilidade da vida intrauterina e sua justificada proteção constitucional não assume, por si só, natureza de intangibilidade. Não se classifica como valor absoluto, assim com o direito à vida, não obstante ostentar o qualificativo de humano e fundamental, em um sistema coerente de proteção internacional e racional. A primazia da dignidade da vida humana como um dos fundamentos do projeto constitucional não traduz significado normativo de indiscutibilidade ou inderrotabilidade, como afirmei linhas atrás, a tessitura da legalidade constitucional brasileira infirma essa tese.
> **167. Desse modo, entendo que a criminalização da conduta de interromper voluntariamente a gestação, sem restrição, não passa no teste da subregra da necessidade, por atingir de forma [?] o núcleo dos direitos das mulheres à liberdade, à autodeterminação, à intimidade, à liberdade e à sua dignidade[246]. Ademais, configura-se incoerente, na perspectiva normativa, com o modelo constitucional que adotou a proteção gradual ao direito à vida, como explicitado na premissa deste voto.**
> [...]
> **A justiça social reprodutiva, fundada nos pilares de políticas de saúde preventivas na gravidez indesejada, revela-se como desenho institucional mais eficaz na proteção do feto e da vida da mulher, comparativamente à criminalização.** (p.117-118; grifos do original)

Em razão disso, o *Voto* destaca que "a restrição absoluta do direito da mulher grávida à autodeterminação na escolha do seu projeto de vida digna fugiu do postulado da menor restrição" (p.118) e "viola parâmetros mínimos e indispensáveis para a justificação da restrição de direitos fundamentais" (p.119). Em apoio a essas afirmações, referencia "exposições defendidas por diversos atores sociais na audiência pública, cujos memoriais foram juntados ao processo" (p.118) e aduz que "abortos inseguros e o risco aumentado da taxa de mortalidade revelam o impacto desproporcional da regra da criminalização da interrupção voluntária da gravidez, não apenas em razão do sexo, do gênero, [...], de raça e condições socioeconômicas", levantando "todos os véus da discriminação estrutural que assola a sociedade brasileira" (p.119). O *Voto* acentua "impacto desproporcional da criminalização" do aborto e denota que "fica evidente seu caráter punitivo social, vale dizer, sua natureza de imposição de castigo às mulheres, notadamente as mais vulneráveis" (p.119), trazendo decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos nesse sentido. Além disso, acentua que:

[246] Na versão disponibilizada do Voto, esse período se apresenta tal qual transcrito, embora pareça que há omissão de alguma palavra ou expressão no ponto marcado por [?].

> 172. A criminalização perpetua o quadro de discriminação com base no gênero, porque ninguém supõe, ainda que em última lente, que o homem de alguma forma seja reprovado pela sua conduta de liberdade sexual, afinal a questão reprodutiva não lhe pertence de forma direta. Tanto que pouco – ou nada – se fala na responsabilidade masculina na abordagem do tema. E mesmo nas situações de aborto legal as mulheres sofrem discriminações e juízos de reprovação moral tanto do corpo social quanto sanitário de sua comunidade.
> O impacto desproporcional, em verdade, incrementa o estigma social sobre a mulher que não escolhe pela maternidade como projeto de vida digna, na medida em que a tutela penal vincula imposição de conduta à condição biológica da mulher. (p.121).

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, o *Voto* realça que "o estímulo à responsabilidade para evitar gravidez indesejada é medida normativa idônea, racional e proporcional para se chegar nas causas multifatoriais que orbitam o contexto do aborto" e que é "imperioso exigir do Estado a conformação de política pública que atenda esta modalidade de tutela", "com o desenho de uma estrutura pública vocacionada à prevenção, à educação, ao acesso igualitário aos procedimentos médicos e medicamentosos seguros e eficientes", bem como "ao aconselhamento de planejamento familiar, à remoção dos obstáculos sociais e normativos discriminatórios e impeditivos da decisão pela maternidade, se for a escolha" (p.123), deduzindo-se que inclui a interrupção voluntária da gravidez dentre as *modalidades de tutela* exigíveis do Estado. Finalizando o debate desse tema, o *Voto* esclarece que "não é o consenso que se busca a respeito do significado moral da prática do aborto" e que "não teremos consenso nesse assunto e não precisamos, pois os desacordos morais razoáveis são elementos constitutivos das democracias constitucionais contemporâneas" (p.123).

> 176. A solução para a redução das taxas de aborto, portanto, está na observação das causas relacionadas ao problema da gravidez indesejada e na opção pela interrupção voluntária como forma de solução, que necessariamente são várias e estão interligadas, por se tratar de autêntico problema estrutural na área da saúde sexual e reprodutiva.
> Olhar para as consequências do problema e resolvê-lo com base em uma única lógica, a da continuidade forçada da gestação, em nome da tutela absoluta de único bem – nascituro – em um conflito policêntrico, não é o caminho. É necessário atentar para as diferentes causas do cenário do aborto atualmente posto e pensar com seriedade como tutelar da melhor forma possível todos os interesses implicados, de maneira a realizar a justiça social reprodutiva.
> O dever do Estado de coibir e prevenir a violência contra as mulheres concretiza-se na definição e implementação das políticas públicas voltadas a esse fim, cujas feições são dependentes das opções feitas pelo legislador. Sem embargo, o espectro de escolhas legislativas disponíveis, do ponto de vista constitucional, somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente

> ao bem jurídico tutelado, aquelas que sejam, por assim dizer, eficazes, sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. A insuficiência da prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional. (p.123-124).

4.2.1.7 Tutela penal do aborto quanto à regra da proporcionalidade

Sob o título "da compatibilidade da tutela penal do aborto à regra da proporcionalidade: limites da cognição jurisdicional" (p.124-126), o *Voto* enuncia que "a criminalização [do aborto], para além da sua ineficácia e inadequação, obstaculiza a deliberação democrática séria sobre a realidade complexa que circunda o aborto e suas dimensões interdisciplinares", e repisa que o "único fundamento" da proteção da vida do nascituro "não responde às exigências da regra da proporcionalidade em suas subregras da adequação e da necessidade" (p.124). Esclarece, porém, que isso não significa dizer que não caiba ao legislador "regulamentar a proteção da vida pré-natal", mesmo considerando-se a "categorização da questão do aborto como problema de justiça social reprodutiva, no âmbito da saúde pública", mas que "a fórmula institucional atualmente empregada é que se mostra excessiva", enquanto não leva em conta "a igual proteção dos direitos fundamentais das mulheres, dando prevalência absoluta à tutela da vida em potencial (feto)" (p.124; suprimidos os grifos do original).

Em prol desse entendimento, acrescenta que o CP "validou a proteção gradual do feto, ao classificar o estupro e o risco à saúde [da] mãe como fatos jurídicos razoáveis para justificar a excludente de ilicitude" do aborto, onde foi deixado "sob a responsabilidade da mulher a escolha sobre a decisão a ser tomada, sem qualquer restrição temporal, inclusive" (p.125). Invocando o tratamento dispensado à mulher no "alvorecer do século XIX", o *Voto* reafirma que as normas jurídicas dos arts. 124 e 126 do CP afastam "o compromisso com a fidelidade constitucional da tutela penal na hipótese da interrupção voluntária da gestação nas doze primeiras semanas" (p.125; suprimidos os grifos do original) e alinha que:

> [...]. Há razões para presumir por parte do Estado a inaceitabilidade moral da decisão pelo aborto, no exercício do direito fundamental à dignidade da mulher.
> Entretanto, a premissa estatal no sentido do equívoco de uma decisão da mulher pela interrupção voluntária da gravidez invade a esfera mais profunda da sua moralidade autônoma e refuta o pluralismo que caracteriza a ética da nossa democracia constitucional. Essa questão envolve uma das mais íntimas escolhas que a mulher pode fazer ao longo de sua vida, decisão

> fundamental para a construção da sua dignidade e autonomia pessoal. O Estado não pode julgar que uma mulher falhou no agir da sua liberdade e da construção do seu *ethos* pessoal apenas porque sua decisão não converge com a orientação presumivelmente aceita como correta pelo Estado ou pela sociedade, da perspectiva de uma moralidade.
> 180. No marco igualitário do constitucionalismo, a liberdade constitucional de escolha corresponde à igual dignidade que é atribuída a cada um. A mulher que decide pela interrupção da gestação nas doze primeiras semanas de gestação tem direito ao mesmo respeito e consideração, na arena social e jurídica, que a mulher que escolhe pela maternidade. (p.125)

Nesse sentido, o *Voto* se reporta "aos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário" e reitera que as *normas convencionais* impuseram "um dever, aos Estados-membros, de produzir legislação de acesso ao aborto legal e seguro, bem como de implementação de um sistema de justiça social reprodutiva" (p.126). Além disso, reafirma que a criminalização do aborto, na forma dos arts. 124 e 126 do CP, permaneceu "imutável nas últimas três décadas[247], a evidenciar a falha do legislador em conferir eficácia ao conteúdo dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, em especial a dignidade da pessoa humana" (p.126).

> 183. Não pode o Supremo Tribunal Federal, segundo penso, furtar-se ao dever de fazer valer a Constituição da República diante de ato do Poder Legislativo materializador de escolha política que, ao sacrificar os direitos fundamentais das mulheres protegidos pela Constituição, ingressa em terreno que lhe fora interditado.
> 184. É dever deste Supremo Tribunal Federal, como instituição que tem por função precípua a guarda da Constituição, reconhecer a não recepção dos atos normativos que obstaculizam a operação da democracia e a proteção adequada e suficiente dos seus direitos fundamentais, em particular a tutela adequada ao valor intrínseco da vida humana, em toda sua complexidade que assume no ordenamento constitucional. (p.126)

4.2.1.8 Limites do Judiciário na implantação de um sistema de justiça social reprodutiva

No seu penúltimo tópico, em face do princípio insculpido no art. 2º da CF, o *Voto* antevê a necessidade de diálogos entre os Poderes da República (p.126-128), visto que a declaração de não recepção, pela CF, dos arts. 124 e 126 do CP não se constitui em "instrumento normativo autossuficiente dos direitos reprodutivos das mulheres, do exercício da sua autonomia pessoal, liberdade e dignidade" (p.127). Isso porque assevera que "não cabe ao Supremo Tribunal Federal elaborar políticas

[247] O correto seria "oito décadas", dado que a redação dos dispositivos data de 1940.

públicas relacionadas à justiça social reprodutiva ou escolher alternativas normativas aos desenhos institucionais aprovados pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo" (p.127), exceto quanto à verificação da constitucionalidade, ou não, das normas jurídicas por eles postas.

Nada obstante, afiança "a obrigação do Estado em estruturar um marco normativo, com as fórmulas materiais necessárias para a acomodação dos direitos" da mulher, "em especial, o direito ora reconhecido em interromper a gravidez de forma segura e legal, nas doze primeiras semanas", assim como de propiciar-lhe "um sistema sanitário que assegure a justiça social reprodutiva, por meio das políticas públicas de preservação da saúde reprodutiva, da educação sexual e da disponibilização dos métodos contraceptivos adequados" (p.127). Em razão disso, registra "o apelo ao Legislador e ao Executivo para a adequada e efetiva implementação do sistema de justiça social reprodutiva" (p.127).

4.2.1.9 Conclusão e disposição do Voto

Para finalizar a exposição do *Voto*, parece ser conveniente transcrever *in totum* a sua parte dispositiva, encimada pelo título "da solução normativa" (p.128):

> 186. A questão da criminalização da decisão, portanto, da liberdade e da autonomia da mulher, em sua mais ampla expressão, pela interrupção da gravidez perdura por mais de setenta anos[248] em nosso país. À época, enquanto titular da sujeição da incidência da tutela penal, a face coercitiva e interventiva mais extrema do Estado, nós mulheres não tivemos como expressar nossa voz na arena democrática. Fomos silenciadas! Não tivemos como participar ativamente da deliberação sobre questão que nos é particular, que diz respeito ao fato comum da vida reprodutiva da mulher, mais que isso, que fala sobre o aspecto nuclear da conformação da sua autodeterminação, que é o projeto da maternidade e sua conciliação com todas as outras dimensões do projeto de vida digna.
> A vida digna e aceita como correta, do ponto de vista da moralidade majoritária social da década de 1940, excluía as mulheres da condição de sujeitos de direito, seja ele de perfil político-democrático, seja de perfil de autonomia cívica. A ausência de representação política, a condição normativa atribuída, a cidadania de segunda classe a qual estavam categorizadas, permitiram sua fala por meio de representação da família, estrutura hierárquica e fundada no *pater familias*. A maternidade e os cuidados domésticos compunham o projeto de vida da mulher, qualquer escolha fora desse padrão era inaceitável e o estigma social, certeiro.
> Transcorridas mais de oito décadas, impõe-se a colocação desse quadro discriminatório na arena política para uma deliberação entre iguais, com

[248] Por óbvio, não é incorreta a expressão "mais de setenta anos", mas talvez fosse melhor "mais de oitenta anos" ou, como se vê logo à frente, "oito décadas" (não "sete décadas").

> consideração e respeito. Agora a mulher como sujeito e titular de direito. Aí uma das razões pela qual convoquei a audiência pública. Oportunizar o procedimento democrático do debate público, com pluralidade de vozes, ante o caráter complexo e policêntrico do problema.
> A dignidade da pessoa humana, a autodeterminação pessoal, a liberdade, a intimidade, os direitos reprodutivos e a igualdade como reconhecimento, transcorridas as sete décadas, impõem-se como parâmetros normativos de controle da validade constitucional da resposta estatal penal.
> **187. Ante as razões expostas**, julgo procedente, em parte, o pedido para **declarar a não recepção parcial dos arts. 124 e 126 do Código Penal**, em ordem a **excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação realizada nas primeiras doze semanas.**
> **É como voto**. (p.128-129; grifos do original)[249]

4.2.2 Resumo dos argumentos pró-aborto ao livre-arbítrio da mulher

Como se percebe, o extenso *Voto* de fato congrega, senão todos, a grande maioria dos argumentos em prol da descriminalização do aborto. Nota-se que aqueles que defendem o aborto também procuram desenvolver uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e o apoio de normas internas e/ou oriundas do Direito Convencional, na busca de argumentos jurídicos que sustentem seus objetivos, chegando, porém, a **entendimento diametralmente oposto ao manifestado por este autor**. Desde já se afirma que, como se verá, **os argumentos pró-aborto não bastam** para afirmar a juridicidade do **aborto como um direito exercitável ao livre-arbítrio da mulher** ou por mera manifestação da sua vontade, convindo, antes de dar continuidade, resumi-los da seguinte forma:

a) centramento na carência de consenso sobre o início da vida humana em diversas áreas do conhecimento e em hipotética indedutibilidade desse início das normas jurídicas constitucionais, infraconstitucionais ou convencionais, ao lado de um suposto "propósito do texto constitucional em afastar qualquer compromisso com a tese do direito à vida desde a concepção" (*Voto*, p.21);
b) alegada prevalência dos direitos fundamentais das mulheres sobre a vida do nascituro, em particular os direitos à dignidade, à igualdade, à liberdade, à autonomia da vontade e à autodeterminação, que compreenderiam o

[249] Relembra-se que, como informado na nota de rodapé nº 229, observou-se, nas citações diretas do Voto, quanto a sublinhas, itálico e grifos, o seguinte: exceto no caso de uma, que foi indicada, as demais sublinhas são deste autor e não aparecem no original; o *itálico*, quando utilizado, sempre aparece no original; e os **grifos**, quando existentes no original, ou foram mantidos, ou suprimidos, com a devida indicação em cada caso.

livre exercício pela mulher dos seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como de estabelecer seu planejamento familiar, inclusive por meio da livre interrupção de gestação em curso;

c) conjecturada ausência de caráter absoluto do direito à vida, de modo que "a tutela da vida intrauterina" não ampararia "a restrição absoluta" do aborto "no âmbito de proteção dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da autodeterminação e da saúde da mulher" (*Voto*, p.114-115) e não teria o condão de promover a "continuidade forçada da gestação", pois implicaria "tutela absoluta de único bem – o nascituro – em um conflito policêntrico" (*Voto*, p.123), sendo que a sua criminalização configuraria violência contra as mulheres e revelaria insuficiência de políticas protetivas que o Estado lhes deveria dispensar;

d) tratamento do aborto clandestino como um problema de saúde pública, dados os riscos que sabidamente representa para a vida e a saúde das mulheres que a ele recorrem, mas em um contexto de presumida necessidade de revisão da legislação nacional que pune o aborto como crime, o que se embasaria em interpretações e recomendações de organismos internacionais a propósito de tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário e, também, de experiências internacionais onde, com a descriminalização do aborto, teria havido a redução do número desses procedimentos, embora pouca importância seja dada às medidas que, concomitantemente ou depois da descriminalização, foram implantadas por esses países, especialmente na área de educação quanto à saúde sexual e reprodutiva, assim como à maior disponibilização de métodos contraceptivos às mulheres e de informações sobre eles;

e) consideração de que abortos clandestinos, que implicam risco de morte refletido nas taxas de mortalidade de mulheres, revelariam um "impacto desproporcional da criminalização da interrupção voluntária da gravidez não apenas em razão do sexo, do gênero, mas igualmente, e com mais densidade, nas razões de raça e condições socioeconômicas", o que acenaria com uma "natureza de imposição de castigo às mulheres,

notadamente as mais vulneráveis” (*Voto*, p.119) e aumentaria o “estigma social sobre a mulher que não escolhe a maternidade como projeto de vida digna”, pois não se veria que “o homem de alguma forma” é “reprovado pela sua conduta de liberdade sexual, afinal a questão reprodutiva não lhe pertence de forma direta” (*Voto*, p.121) e, “nos contextos sociais de suficiência econômica”, as mulheres “têm acesso ao aborto seguro”, ainda que clandestino (*Voto*, p.109);

f) entendimento de que a justiça social reprodutiva teria, como pressuposto, a liberdade e a autonomia da mulher para construir seu projeto de vida e demandaria, além do fornecimento de educação sobre saúde sexual e reprodutiva e da disponibilização de métodos contraceptivos adequados e de qualidade, também o recurso à interrupção voluntária da gravidez, como meio de proteção da sua saúde, de redução da mortalidade materna e de planejamento familiar;

g) o raciocínio de que a redução do problema da gravidez indesejada, que afeta principalmente mulheres em situação de vulnerabilidade socioeconômica, é um “objetivo pretendido no sistema de justiça social reprodutiva” (*Voto*, p.83), mas agregando que a “fecundidade não controlada” representaria “um obstáculo da integração da mulher na sociedade política, econômica e social” e, sem a descriminalização, o “aborto ilegal” seria o “único procedimento efetivo de controle da fecundidade” (*Voto*, p.84), mormente para mulheres que se acham em “contextos sociais [...] de baixa ou hipossuficiência econômica” (*Voto*, p.109).

h) presumida existência de uma “complexa relação de moralidade baseada no castigo à mulher por não cumprir com” um pretenso “dever social” de ser mãe, que provocaria “punição [...] em situações humilhantes, de flagrante violação ao *ethos da moralidade individual*” da mulher (*Voto*, p.98) e reprovação moral do aborto, segundo uma cogitada “premissa estatal no sentido do equívoco de uma decisão da mulher pela interrupção voluntária da gravidez”, que invadiria “a esfera mais profunda da sua moralidade autônoma” (*Voto*, p.125), quando “a redução do procedimento de aborto” deveria “ocorrer a partir da consciência construída no espaço

da moral privada de cada indivíduo, de acordo com suas convicções éticas e morais" (*Voto*, p.113).

i) conjecturada irracionalidade, ineficácia, inconstitucionalidade e desproporcionalidade da tutela penal punitiva do aborto, enquanto meio de proteção da vida humana intrauterina e, ao mesmo tempo, da vida da mulher, o que seria evidenciado também pelo baixo índice de persecução penal do crime de aborto, em vista do número estimado de abortos, e pela aplicação do sursis (art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995) às mulheres indiciadas por esse crime, o que exerceria "efeito dissuasório limitado sobre a autonomia da mulher que enfrenta o contexto decisório sobre os motivos acerca da interrupção voluntária da gravidez [pelo] aborto", mas lhe imporia "ônus excessivo baseado no gênero" (*Voto*, p.112);

j) pronunciamento de atores sociais em favor do aborto ao livre-arbítrio da mulher, tido como majoritário na audiência pública realizada, inclusive no sentido de que sua prática estaria "enraizada na sociedade" brasileira (*Voto*, p.107) e de que não haveria "convicção moral em favor da criminalização do aborto", mas um "consenso social sobreposto ao valor intrínseco da vida humana" presente no nascituro (*Voto*, p.109);

k) conclusão de que a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, seria medida idônea para assegurar os direitos das mulheres e, ainda que coerente com o raciocínio, mas revelando contradição, que a descriminalização do aborto seria ferramenta capaz "de operar a redução das taxas de aborto" (*Voto*, p.116).

Evidente que essa lista poderia ser maior, mas, na análise deste autor, nela figuram os principais argumentos pró-aborto. Vale repetir que, embora extraídos do *Voto*, esses argumentos se encontram presentes na maioria dos trabalhos de quem se posiciona pró-aborto como direito exercitável ao livre-arbítrio da mulher – e em outras hipóteses, como nas de gravidez resultante de estupro e de anomalias graves do nascituro –, todos ou parte deles, com maior ou menor ênfase em cada um, a depender de suas autoras e autores[250].

[250] Essa mesma linha de argumentação é encontrada no *Habeas Corpus* (HC) nº 124.306/RJ, julgado pela 1ª turma do STF (DJe 17.3.2017), cuja decisão, lavrada a partir do voto-vista do Sr. Ministro Luís Roberto Barroso, redator do acórdão, por maioria de votos entendeu que o HC "não é cabível na hipótese", mas que se tratava do "caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a

4.2.3 Imperfeitas *urdidura* e *trama* dos argumentos pró-aborto

Ao ler o resumo apresentado no tópico anterior, ou o conteúdo do tópico 4.2.1, ou diretamente o *Voto*, ou grande parte dos trabalhos pró-aborto – senão todos eles –, *pode parecer* que os argumentos em favor do aborto ao livre-arbítrio da mulher compõem um *tecido impecável*, *com urdidura e trama perfeitas*. Contudo, ao aproximar a ***lente do Direito***, para uma análise jurídica calcada na unidade sistemática que deve promanar do sistema jurídico nacional encabeçado pela CF, começam a aparecer os diversos ***fios soltos*** e ***pontos sem nó***, bem como ***fios emaranhados*** que ali se encontram e que, quando *retirados*, ou *puxados*, ou *desemaranhados*, mostram os imensos rombos que revelam as ***imperfeições na urdidura e trama desse tecido***.

Com efeito, para a análise jurídica da admissibilidade do aborto no sistema jurídico nacional, hão de ser escoimados argumentos extra ou metajurídicos, tais como os de cunho emocional e/ou baseados em ideologias, teorias sociológicas, ensinos morais/religiosos *etc*., como são, p.ex., os que se fundam em questões como *patriarcalismo*, *machismo*, *estigma social da mulher que não quer ser mãe*, *convicção moral/religiosa contra o aborto*, *enraizamento do aborto na sociedade*, *ausência de recriminação à conduta sexual do homem* e tantos outros desses teores. Discursos *apaixonados*, *inflamados*, refertos de argumentos extra e metajurídicos causam *emaranhamento* que apenas desviam/obnubilam o foco do intérprete/aplicador do Direito, que se deve concentrar nos *fatos* em si (inclusive nos fatos sociais) e no *repertório* do sistema jurídico. Em razão disso, argumentos desse gênero **não serão diretamente abordados, nem afastados *um a um***, mas, já do quanto foi falado, é possível perceber – e ficará mais claro na continuidade – que **tal sorte de preleção é inservível para afastar o dever de garantir o direito à vida do nascituro**, em qualquer fase do seu desenvolvimento no organismo da mulher, assegurado pelo sistema jurídico brasileiro **com absoluta prioridade sobre quaisquer outros**.

---

prisão preventiva" (Ementa, item 1), pelos fundamentos alinhados, dentre os quais o de que "praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália" (Ementa, item 7). Da leitura do acórdão – citado na inicial da ADPF/442 e também por Soares (2019) e por Heil, Dalprá e Oliveira (2021) – verifica-se que seus principais argumentos são, em essência, os mesmos utilizados no *Voto* – que igualmente o referencia – de modo que é dispensável sua análise e se lhe aplicam, *mutatis mutandis*, as considerações que se desenvolverão na sequência.

Serão, por outro lado, abordados *fios soltos* ou *emaranhados* e *pontos sem nó* de conteúdo jurídico encontrados no *tecido* do discurso de quem se posta pró-aborto. Eles se revelam pelos **raciocínios jurídicos que não se completam**, tergiversam, fogem de enfrentar as questões jurídicas de frente e, mais significativo, **omitem normas jurídicas de vital importância para a completa elucidação do tema**, ou pinçam, aqui e ali, p.ex., certos trechos de interpretações de normas convencionais que são aderentes aos objetivos pretendidos por suas autoras e autores, deixando de lado, porém, as que lhes são inaderentes. Omissões da espécie, surpreendentemente, podem ser vistas no próprio *Voto* e, em certa medida, até comprometem a sua própria higidez, enquanto decisão judicial, mas disso não se tratará, pois é tarefa que cabe a quem se dedica ao Direito Processual Civil e certamente pode enfrentar com mais propriedade essa questão. O que importa, sim, é **destacar essas omissões**, pois são perceptíveis em diversos trabalhos jurídicos pró-aborto, sendo que as principais dizem respeito:

a) às normas do *caput* do art. 227 da CF, que estabelecem a absoluta prioridade aos direitos da criança, c/c o inciso I do § 1º do mesmo artigo, que trata da destinação de recursos à saúde na assistência materno-infantil, e ao *caput* do art. 6º também da CF, que eleva a maternidade à categoria de direito social fundamental;
b) ao art. 7º do ECA, que estabelece o direito do nascituro de nascer; e
c) ao art. 2º da Lei de Alimentos Gravídicos, que fixa o termo inicial do débito desses alimentos na concepção.

Pinçamentos de trechos de interpretações favoráveis à descriminalização do aborto podem ser vistas, p.ex., no recurso a comentários de comitês internacionais, ou a planos de ação que versam sobre o assunto – não raro se lhes atribuindo o caráter de *normas jurídicas* do Direito Convencional, que em verdade não são –, com supressão dos aspectos que lhes são desfavoráveis, como o objetivo geral de **reduzir o número de abortos de qualquer natureza** que emana explicitamente de alguns deles. Ou, ainda, *saltam* o fato de que nenhuma norma internacional pode ser internalizada no Direito brasileiro se for contrária à CF, nem quando consista em tratado ou convenção internacional que verse sobre Direitos Humanos, que, não obstante possa ser recepcionado como norma supralegal e até como EC, em hipótese alguma pode se opor às cláusulas pétreas da CF, dotadas de hierarquia superior em essência.

Esses e outros aspectos jurídicos serão tratados à frente com mais profundidade, para demonstrar a **insuficiência dos argumentos pró-aborto para suplantar a proteção do direito à vida do nascituro desde a concepção, com absoluta prioridade sobre qualquer outro**, consoante o entendimento desenvolvido até este momento.

Importa, contudo, anotar que o *Voto*, assim como outros trabalhos pró-aborto, traz uma outra **omissão**, essa dizendo respeito às **razões pelas quais é fixado em 12 semanas de IG, o limite temporal para a descriminalização dos crimes de aborto** previstos nos arts. 124 e 126 do CP. No que tange ao *Voto*, essa questão respeita, ao mesmo tempo, ao *mérito* da ADPF/442 e a seus *aspectos processuais*. Isso será tratado no tópico que se segue e ainda se falará em *Voto*. A partir daí, porém, aqueles argumentos, por serem comuns a diversos trabalhos que defendem a descriminalização do aborto, não serão tratados como *argumentos do Voto*, mas como *argumentos pró-aborto*, ou seja, sem vinculação direta a essa peça processual ou à sua autora, sem embargo de se citar algumas de suas passagens.

4.2.4 Descabimento da descriminalização do aborto em função da idade gestacional

Como é sabido, nos termos do inciso IX do art. 93 da CF, devem ser **"fundamentadas todas as decisões"** proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, **"sob pena de nulidade"**[251]. O mesmo comando aparece no art. 11 do CPC[252] e é objeto do Tema nº 339 do STF: "O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas".

Embora a IG de 12 semanas (ou 84 dias, ou três meses) seja repetidas vezes mencionada no *Voto*, **nele não se encontra justificativa para adotar esse prazo**, a não ser a citação do pedido principal declinado na inicial, que é justamente o de declarar a "*não recepção parcial dos art. 124 e 126 do Código Penal, para excluir do*

[251] CF: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]."
[252] CPC: "Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade."

seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas" (p.4 do *Voto*), e a menção de que "o argumento da ineficácia da criminalização do aborto nas 12 doze primeiras semanas de gestação foi objeto de qualificado exame na audiência pública" (p.101). A petição inicial até traz alguma justificativa para adoção dessa idade gestacional e não outra, contudo, **o *Voto* silencia a respeito**, quando deveria fundamentar a decisão também nesse ponto, ainda que sem proceder a *exame pormenorizado* da questão.

Veja-se que, conforme consta das informações divulgadas pela empresa Ipsos (2023), a partir da pesquisa *Ipsos Global Views on Abortion 2023*, conquanto a maioria dos brasileiros se manifeste favoravelmente à legalização do aborto "quando a gravidez é resultado de **estupro** (70%), [...] **ameaça a vida da mãe** (66%), ou quando o bebê tem grandes chances de nascer com **sérios problemas de saúde** (50%)" (não p.) – hipóteses atualmente admitidas no Direito brasileiro[253] –, esse apoio "cai quando por opção materna" e a "restrição cresce conforme aumenta o **tempo de gestação**: apenas 45% aceitam a interrupção da gestação até 6 semanas, 31% aceitam a interrupção até 14 semanas, e 21% até 20 semanas" (não p.; sem sublinhas no original)[254]. Ou seja, o tempo de gestação é elemento muito relevante, quando se trata de *interrupção voluntária da gravidez*, e, portanto, haveria de ser justificada a opção pelo prazo de 12 semanas e não outro. Tenha-se presente, ademais, que a IG não é passível de ser fixada com certeza, pois é uma estimativa e, como se viu, "na prática, a idade gestacional não é conhecida de maneira precisa em uma parcela significativa dos casos" (Brasil, 2014a, p. 47; sem sublinhas no original)[255]. Destarte, a mulher pode facilmente se equivocar, ou, estando de má-fé, emitir declaração falsa para abortar nascituro que sabe ter mais de 12 semanas de IG, donde também se vê que o *Voto*, além de justificar a adoção dessa IG, haveria de, no mínimo, indicar a necessidade de estipular meios para comprová-la, **antes de se proceder ao abortamento do nascituro** – incoerente, lembre-se. Porém, não se pretende aprofundar tal debate, pois é melhor seja efetuado por *experts* na área processual,

[253] Apesar da aprovação da maioria dos brasileiros, viu-se que das duas primeiras hipóteses, somente a segunda se coaduna com o sistema jurídico brasileiro; a última será abordada à frente (tópico 4.3), mas desde já se enuncia que também padece de incoerência em face do sistema jurídico brasileiro.
[254] Resultados da pesquisa disponíveis em: https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2023-08/Global%20Views%20on%20Abortion%202023%20Final_0.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.
[255] Tópicos 2.2 e 4.1.6.2.

mas entende-se que o assunto há de ser examinado, pois, se confirmada a ausência de fundamentação, o *Voto* padece de nulidade.

No presente estudo, importa o *mérito* da questão e *uma imagem vale mais do que mil palavras*, diz o dito popular, convindo trazer a Figura 6, abaixo. Essa figura mostra a imagem, real ou não[256], de um *aborto* propriamente dito, ou seja, o *produto de um abortamento* ocorrido no **terceiro mês de gestação ou 12 semanas** – pois convém ter *noção mais clara* do que exatamente trata a ADPF/442. Com doze semanas de vida, embora meça apenas cerca de 8,7cm e pese em torno de 45g (Nazari; Müller, 2011, p. 112), percebe-se que o nascituro apresenta aparência humana. Claro que, antes disso, a sua aparência pode não ser *tão humana* como a exibida nessa Figura 6, mas a partir do 56º-60º dia de gestação, ela já começa a se mostrar *mais humana* (Figura 1, acima) e, com 63 dias de gestação ou na 9ª semana, ele é *oficialmente* classificado como feto (Montanari, 2013; Nazari; Müller, 2011).

Figura 6 – Imagem de feto abortado com 12 semanas ou três meses de gestação

Fonte: Montanari (2013, p. 155).

[256] Montanari (2013) utiliza essa imagem para explicar visualmente o desenvolvimento fetal e não traz outras informações sobre ela, de modo que tanto pode ser a foto real de um feto abortado, como um modelo tridimensional didático empregado no ensino da embriologia humana, com aparência tão próxima da real quanto possível.

De todo modo, não é a circunstância de *ser feto*, ou de *possuir aparência humana* que *transforma* o nascituro em um *ser humano* ao qual é devida a proteção da vida humana. **O nascituro *é* ser humano a partir da concepção e desde então é dotado de *vida humana***. Assim, não importa a IG em que se encontre, o nascituro sempre terá direito à preservação da sua vida. Portanto, **o aborto não pode ser justificado em razão da IG do nascituro** e/ou em função do seu estádio de desenvolvimento, **não sendo argumento jurídico válido e suficiente** o fato de parcela da população brasileira se manifestar mais favoravelmente à sua realização quanto menor o tempo de gestação.

4.2.5 Presença de vida humana no nascituro, e não apenas *vida em potencial*

Há que se acrescentar que é muito comum ler ou ouvir dizer que o nascituro tem *vida em potencial*, *vida latente*, *vida expectante etc*., mesmo no meio jurídico. Isso, porém, parece ser um ***vício* no emprego da *linguagem jurídica***, assimilado desde o Código Civil de 1916, cujo art. 4º tinha redação similar[257] à do art. 2º do CC atual, que reza que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", donde a doutrina civilista normalmente classifica esses direitos como *expectantes*, *potenciais*, *condicionais etc*.

O nascituro, enquanto tal, não obstante tenha direito à vida e demais direitos decorrentes do *caput* do art. 227 da CF compatíveis com sua condição – como à saúde, à alimentação (Lei de Alimentos Gravídicos), à dignidade, ao respeito, a não sofrer violência e crueldade e ao próprio direito de nascer (ECA) –, **não tem direitos patrimoniais plenos** (nem outros direitos civis), pois os que lhe forem outorgados são *condicionados ao seu nascimento com vida*. Viu-se que o nascimento com vida o alça à condição de pessoa dotada de personalidade jurídica e se opera a aquisição dos direitos patrimoniais que lhe foram outorgados antes disso, ainda que morra durante, ou logo após o parto; se, contudo, for natimorto, não se implementa a condição e não ocorre a aquisição desses direitos[258]. Daí falar-se em *expectativa de direito*, ou *direito expectante*, *condicional* ou *potencial* do qual o nascituro é *titular*. O *vício* no emprego

[257] Código Civil de 1916: "Art. 4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro" (revogado).
[258] Tópico 3.2.

do linguajar jurídico decorre de, como em uma metonímia, tomar a condição jurídica para a concretização do *direito expectante, condicional, potencial* – o **nascimento *com vida*** – para qualificar ou caracterizar atributos do titular desse direito – no caso, a ***vida do* nascituro** –, daí rotulando sua *vida* como *potencial etc*., quando, juridicamente falando, ***expectante*, *condicional*, *latente* ou *potencial* é apenas o *direito patrimonial*** que possa ser conferido ao nascituro antes do seu nascimento ou adquirido por ocasião dele, mas **não a *vida* do nascituro em si**.

É mister ter firmemente que a vida humana do nascituro **não é *potencial***, no sentido de que ***pode não ser* vida**, pois, **desde a concepção, *já é* vida *humana* em desenvolvimento**! Dessa forma, iniciada a gestação e até o seu término, a única circunstância que **é *potencial* é o nascer com vida**, considerando que, por diversas razões, pode ocorrer a morte natural do nascituro durante a gestação, ou ser provocada pelo/para o abortamento, e ele passará à condição de natimorto ou produto do abortamento, e não de RN (mesmo que lhe sobrevenha a morte durante/logo após o parto). Daí se segue que o correto seria falar-se em *nascimento com vida em potencial*, pois pode haver parto de natimorto ou abortamento, natural ou provocado. **A vida do nascituro, porém, preexiste ao nascimento, com ou sem vida**: conta-se desde o momento da concepção – que pode ser *adiada* para o momento da transferência do embrião fecundado *in vitro* para o organismo da mulher – e **só se extingue se sobrevier a sua morte** durante o período gestacional (seja morte natural ou provocada para/pelo abortamento), durante o parto, ou logo após (nascimento com vida seguido de morte), ou em qualquer idade posterior ao nascimento, pois a morte fatalmente ocorrerá em algum momento da vida do ser humano.

Pode-se, por outra via, considerar *de per si* cada uma das fases ou etapas do desenvolvimento do ser humano: pré-embrião → embrião → feto → RN/bebê → criança → pré-adolescente → adolescente → jovem → adulto → idoso, sendo correto dizer, em relação a cada uma delas, que **a vida humana *na fase seguinte* é potencial**, em relação à anterior: o pré-embrião vive e tem *vida potencial como embrião*; o embrião vive e tem *vida potencial como feto*; o feto vive e tem *vida potencial como RN*; *etc*. Para que a *fase de vida humana posterior* se instale e deixe de ser apenas *potencial*, por óbvio, a fase anterior deve ter findado e o ser humano *deve ter vivido durante todo o seu curso*. Logo, o feto que morre durante a gestação *não vive a fase de RN*, de modo que *ser RN* foi uma *vida potencial que não se concretizou*,

porque o ser humano em desenvolvimento não concluiu com vida a fase fetal e *nasceu morto*; mas *o natimorto teve vida até o momento em que lhe adveio a morte*, assim como *o aborto teve vida até o momento em que sua morte foi provocada pelo/para o abortamento*.

De todo modo, **a vida é uma só, desde a concepção até a morte do ser humano**. A classificação da vida humana em fases ou etapas de desenvolvimento tem finalidades relevantes (p.ex.: relacionadas à saúde, educação *etc*.), mas, ainda que se possa utilizar expressões como *a vida do feto*, a *vida da criança etc*., elas servem apenas para sublinhar características próprias de cada fase, para as finalidades a que se prestam, mas **não para *atenuar* o atributo *vida humana* presente em todas elas, desde a concepção até a senescência**, o que elimina a ideia de uma "proteção incremental do direito à vida" (*Voto*, p.39). Em verdade, o que há é a **máxima proteção jurídico-constitucional** – em caráter absoluto e prioritário – **nas fases iniciais da vida humana**, da concepção à juventude, podendo-se dizer que a *intensidade* dessa proteção *diminui* na fase intermédia da adultez (em que o ser humano em tese não depende de ninguém para sobreviver), para *aumentar* na fase de idoso (quando pode depender de terceiros para continuar a viver pelo tempo que lhe caiba)[259].

Repisa-se que **o nascituro tem vida humana desde a concepção**, a qual deve ser protegida em todas as etapas de desenvolvimento humano contra o aborto, **salvo no caso de necessidade para salvar a vida da mãe**. Isso, porém, já entra na análise que será feita, nos tópicos seguintes, sobre a insuficiência dos argumentos pró-aborto para justificar o aborto ao livre-arbítrio da mulher, qualquer que seja a IG, ou fase de desenvolvimento do ser humano enquanto no organismo da mulher.

4.2.6 Omissões quanto à garantia do direito à vida do nascituro

É até comum construir o raciocínio para negar a vida humana do nascituro a partir da propalada *ausência de consenso* sobre *o início da vida humana* ou sobre *dúvidas quanto à existência de vida humana no pré-embrião/embrião/feto*. De fato, digladiam-se teóricos em diversos campos do conhecimento a esse propósito,

[259] Tópicos 3 e 4.1.8.7.

inclusive na área do Direito, formulando diferentes teorias com múltiplas finalidades, como se viu brevemente[260], sem que cheguem a um senso comum. Porém, na embriologia humana, **há um momento que marca indiscutivelmente o início da formação de qualquer ser humano: o da concepção ou fecundação ou fertilização**, ou seja, da união do espermatozoide ao óvulo, que resulta na formação do zigoto[261]. Esse, sem sombra de dúvidas, **é o fato que dá origem ao ser humano ou pessoa humana** e esse momento **é o marco inicial da proteção jurídica devida à vida humana do nascituro que se desenvolve no organismo da mulher**, ainda que a concepção tenha se dado *in vitro*[262].

Aduza-se que, ao menos no Brasil, é incabível falar-se em proteção de direitos da *pessoa humana não dotada de vida*, em si mesma considerada[263]. Daí sucede que o inciso III do art. 1º da CF, ao falar de *pessoa humana*, **pressupõe a vida que lhe é inerente** e são impróprias alusões de que ali "não se verifica referência à vida humana, mas antes à pessoa humana" (*Voto*, p. 23), como se fosse possível dissociar o atributo *vida* da condição de *pessoa humana*.

De mais a mais, quando se pretende verificar o tratamento jurídico dispensado a *algo* em um dado sistema jurídico, há que se analisar o conjunto das normas jurídicas que compõem o seu repertório, em face da sua estrutura, de modo a dele próprio extrair as regras que informam esse tratamento. Nesse mister, é óbvio que se corre o risco de não abranger todas as normas do repertório que tratam do assunto e sempre poderá haver quem aponte a ausência de uma ou outra norma jurídica relevante que deixou de integrar o estudo. Contudo, o estudioso, ao menos o que se propõe a *verificar séria e realmente qual o tratamento dado por um sistema jurídico* sobre determinado tema, há de buscar analisar tantas normas do seu repertório quantas lhe seja possível e, principalmente, **não lhe é dado *selecionar umas em***

---

[260] Tópico 3.1.

[261] Ressalvada, é claro, a clonagem humana, proibida no Direito brasileiro (v. nota de rodapé nº 35).

[262] Recorde-se que não se objetiva discernir se o embrião concebido *in vitro* e conservado em laboratório, ou seja, antes de sua transferência para o organismo feminino, tem vida humana.

[263] Mesmo questões que digam respeito a sucessão hereditária, doação de órgãos, respeito devido à memória, imagem, honra *etc*. do ser humano falecido decorrem, ou de disposições de vontade feitas durante sua vida (como testamento, codicilo, autorização para doação de órgãos *etc*.), ou de direitos atribuíveis a seus herdeiros – quiçá também a seus *herdeiros intelectuais* –, inclusive para proteção da *herança ou acervo imaterial* da(o) morta(o). É óbvio que esta(e) não pode *estar em juízo*, nem pleitear *por si* quaisquer direitos, mas aqueles podem, sim, adotar todas as medidas para cumprir e fazer cumprir sua vontade manifestada em vida, ou para exigir/obrigar que outras(os) lhe respeitem a memória *etc*., incluída a preservação do acervo imaterial por ela(e) deixado.

detrimento de outras**,** em função de **ideias preconcebidas**, **ideologias** de qualquer sorte (filosóficas, político-partidárias, religiosas, econômicas *etc*.), nem, muito menos, de **finalidades prévia e adredemente perseguidas**.

Entretanto, há algo que impressiona nos trabalhos da seara jurídica que intentam atribuir à **mulher** um **direito pessoal irrestrito, sem quaisquer peias**, além de, talvez, um limite temporal qualquer, **de optar pelo aborto** ou – para usar um eufemismo frequente em trabalhos dessa natureza – pela *interrupção voluntária da gravidez*: **as omissões de normas jurídicas relevantes**, para não dizer relevantíssimas, do repertório do sistema jurídico nacional.

No caso do sistema jurídico brasileiro, **a omissão mais relevante**, que não raro se percebe em trabalhos dessa natureza (como no próprio *Voto*), é à norma constitucional do ***caput*** **do art. 227 da CF**, que é **a única, em toda a Carta Magna**, que institui deveres em caráter de **"*absoluta prioridade***" para a "família", para a "sociedade" e para o "Estado", particularmente os de (a) "assegurar à *criança* [...] o direito à vida, à saúde, à alimentação" e "à dignidade" *etc*. e de (b) colocá-la "a salvo de toda forma de negligência, [...] violência, crueldade" e de outras práticas que lhe possam ser danosas. E, quando aqueles trabalhos a citam, **limitam o termo *criança***, utilizado no *caput* desse dispositivo, para enxergá-lo como se referindo ao ser humano **apenas a partir do seu nascimento**, o que implica ao menos **duas outras relevantes omissões da norma constitucional**: ao disposto no **inciso I do § 1º do art. 227**, que se reporta à **"assistência materno-infantil"**, e ao estatuído no ***caput*** **do art. 6º da CF**, que eleva a "**proteção à maternidade"** à categoria de **direito social constitucionalmente garantido**, ao lado do direito à saúde e tantos outros. Vem ao encontro desses dispositivos, além da própria proteção do direito à vida que decorre do art. 5º da CF, da tipificação do crime de aborto pelo CP e sua inclusão no **capítulo dos crimes contra a vida**, do reconhecimento que a proteção do direito à vida deve se dar **desde a concepção**, emanado do item 1 do art. 4 da CADH, e que pode ser deduzida de outras normas infraconstitucionais trazidas, também o **direito de nascer**, resultante do art. 7º do ECA, e a explícita fixação do **termo inicial do débito de alimentos gravídicos na concepção**, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.804, de 2008, todas disposições frequentemente omitidas em trabalhos pró-aborto[264].

[264] Quando muito, tais disposições são meramente referidas *en passant* e tratadas como *algo sem importância* que sequer mereceria detença para confrontá-las, mas, em realidade, *a confrontação é*

Já se falou, acima, que a interpretação dessas e de outras normas jurídicas do Direito brasileiro, incluídas as de origem internacional a ele incorporadas, compreendem a vida do nascituro desde a concepção, por ser a mais consentânea e mais coerente com o sistema jurídico brasileiro, descabendo repetir, neste tópico, o que foi dito antes[265]. Mas convém repetir e frisar que o *caput* do art. 227 da CF **estatui um dever em caráter de prioridade absoluta**, do qual se extraem **princípios jurídicos também em caráter de absoluta prioridade** e que, pois, devem nortear a interpretação das demais normas do próprio ordenamento constitucional, abrangidos os outros princípios que se extraem da Carta Magna, como da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da liberdade, da igualdade (art. 5º, *caput*), bem como quaisquer outros direitos atribuíveis à mulher – inclusive quando tomados sob a feição de um subsistema jurídico –, ou a quem quer que seja, pois, **nem mesmo à inviolabilidade do direito à vida** em termos gerais (art. 5º, *caput*) é atribuído tal caráter prioritário, de modo que **pode até fenecer, se entrar em confronto com os direitos** da *criança* que se encontra em desenvolvimento no organismo da mulher, ou seja, **do nascituro**. Não há, nesse caso, como falar-se em *conflito policêntrico*, nem em *confronto bipolar* de normas constitucionais, pois **não há igualdade hierárquica** de normas confrontáveis, mas a **supremacia** de uma norma principiológica da CF de **hierarquia superior *em essência*** a todas as demais: a **cláusula pétrea** de proteção do **direito à vida da criança enquanto nascituro em caráter de *prioridade absoluta***.

A essas omissões juntam-se outras, relativas a determinados pontos das Conferências do Cairo e de Pequim, do Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc e do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, referidos. Esses documentos, elaborados sob os auspícios da ONU, são frequentemente citados como *normas convencionais* agregadas ao Direito brasileiro que *imporiam* ao Brasil o *dever de remover barreiras legais* ao aborto, de modo a torná-lo uma *opção a ser exercida ao livre-arbítrio da mulher*. Antes de qualquer coisa, impende deixar claro que esses documentos não se constituem em *normas convencionais*, visto não consistirem em tratados ou convenções, mas em planos de ação elaborados em cúpulas

evitada, pois obrigaria a admitir que o ordenamento jurídico nacional confere proteção à vida do nascituro desde a concepção.

[265] Capítulo 3.

internacionais por representantes dos Estados participantes, nos dois primeiros casos, e em comentários exegéticos, nos dois últimos. Assim, **não têm o caráter de tratado internacional propriamente dito**, fato esse que, quando não é suprimido em trabalhos pró-aborto, não é ali colocado em sua real perspectiva, o que, de uma ou de outra forma, se constitui em mais uma **omissão relevante** nesses trabalhos.

Sem dúvida alguma, em geral se trata de recomendações/planos de ação importantes, particularmente no que toca à melhoria das condições das mulheres em todo o Mundo, que hão de ser levadas em conta e, em sendo possível, propiciarem a elaboração de legislação que as contemple, **respeitado, todavia, o sistema jurídico interno de cada país**. Anote-se que, se no Brasil as condições das mulheres não são boas[266], são muito piores em diversos países em que elas ainda vivem (ou *tentam sobreviver*) em condições precaríssimas e com total desprezo e indiferença à sua condição de seres humanos e, portanto, dignas de total respeito aos Direitos Humanos de que são portadoras. No que toca ao aborto, isso é facilmente perceptível da leitura do item 8 do Comentário Geral nº 36, de cujas recomendações se deduz que há países em que, mesmo hoje, sequer é admitido o aborto necessário para salvar a vida da mulher, por incrível que possa parecer[267], ou que não oferecem serviços mínimos de saúde física e mental à mulher, nem, muito menos, específicos de saúde e educação sexual, reprodutiva e de planejamento familiar, ou, tampouco, o acesso a métodos contraceptivos e à contracepção de emergência, assim como a informações sobre esses temas. Tanto quanto possível, portanto, todos os países haveriam de implementar as recomendações para a proteção dos direitos das mulheres, previstas nessas e em outras conferências e cúpulas internacionais no seu âmbito, na medida em que **admitidas em face dos seus *processos legislativos internos***, como se vê, p.ex., do item 8.25 da Conferência do Cairo, ou seja, **do seu próprio sistema jurídico**[268].

Porém, a linha mestra, tanto das Conferências do Cairo e de Pequim, quanto do Comentário nº 36, **não é** que *todos os Estados **autorizem o aborto** ao livre-arbítrio da mulher*. Muito pelo contrário, **as metas principais** desses documentos

[266] Há falhas estatais relevantíssimas na prestação de serviços de saúde e educação sexual, reprodutiva, de planejamento familiar e de contracepção à mulher no Brasil (tópico 5).
[267] A Conferência do Cairo informa que cerca de 10% dos países não admitiam o aborto necessário para salvar a vida da mulher (item 75). Essa conferência data de 1994 e espera-se que, atualmente, esse percentual seja menor.
[268] A internalização de normas internacionais no Brasil e os seus limites será abordada no tópico 4.2.11.

internacionais consistem, de um lado, na **redução da *necessidade de recurso* ao aborto** e, de outro, na **redução do número de gravidezes indesejadas**. É evidente que esta meta – que, aliás, o *Voto* lista como um objetivo da justiça social reprodutiva – tem relação direta naquela, pois, havendo diminuição do número de gravidezes indesejadas, não planejadas *etc*., **não haverá *necessidade de recorrer* ao aborto para as interromper**. Contudo, a tentativa de admissão do recurso ao aborto ao livre-arbítrio da mulher é **prova cabal** de que há **severas falhas estatais** na busca do atingimento das metas de redução de gravidezes indesejadas. E cabe lembrar que uma **gravidez resultante de estupro é uma gravidez indesejada** – na verdade, repudiada –, donde as recomendações internacionais se reportam a medidas necessárias para, tanto quanto possível, prevenir a ocorrência do crime de estupro, incluída a persecução penal dos seus agentes[269], mas aí também há muitas deficiências de diversos Estados, inclusive do brasileiro. Essas são **ainda outras e acentuadas omissões** que se percebe em trabalhos pró-aborto.

Já o Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc é mais incisivo quanto, p.ex., a concitar os Estados Partes a removerem barreiras à realização do aborto, fazendo diversas referências à revogação de leis que o criminalizem. Porém, o próprio Comentário Geral omite um dado relevante, que é o fato de o número 2 do art. 5º do Pidesc dispor que "não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau" e, de outro, de o número 1 do seu art. 1º expressamente reconhecer que "todos os povos têm direito a autodeterminação", em razão do qual "determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural". Daí resulta que **nenhum Estado signatário do Pidesc está obrigado a adotar qualquer recomendação que contrarie o seu Direito interno** – nomeadamente, as suas normas jurídicas constitucionais ou a elas equivalentes – **ou que vá de encontro aos direitos humanos assegurados**, quer no âmbito interno, quer em decorrência de tratados e convenções internacionais que haja ratificado. Nada disso sequer é aventado no aludido Comentário Geral nº 22, nem mesmo como **ressalva necessária**

[269] A isso se relaciona diretamente a investigação da paternidade do nascituro concebido em decorrência de estupro (tópicos 4.1.8; tb. tópico 4.2.16).

– porque decorrente das normas jurídicas do próprio Pidesc – às obrigações que pretensiosamente pretende impor aos Estados Partes[270], e igualmente é suprimido em trabalhos pró-aborto.

Todas essas omissões, evidentemente, afetam negativamente o raciocínio jurídico e, mais relevante, desprezam o fato de que, em face do sistema jurídico brasileiro, o nascituro goza de proteção do direito à vida desde a concepção, em caráter de absoluta prioridade. Opõem-se a esse direito, outros argumentos pró-aborto que se baseiam fartamente em direitos da mulher também decorrentes da CF – como o direito à saúde, à igualdade, à liberdade, inclusive sexual e reprodutiva, ao planejamento familiar *etc*. –, mas que não têm estofo bastante para sobrepujarem os direitos do nascituro, como se verá na sequência.

4.2.7 Igualdade entre mulher e homem ante a prioritária proteção à vida do nascituro

Em certa medida, há razão ao se dizer que a **inviolabilidade *geral* do direito à vida**, ou seja, **a garantia prevista no *caput* do art. 5º da CF**, **não tem caráter absoluto**, nem, tampouco, que funciona como uma *supergarantia* ou um *superdireito* oponível a qualquer outro previsto na própria Carta Magna. Aliás, ainda que se trate de direitos e garantias fundamentais, na verdade **nenhum dos previstos no *caput* do art. 5º se caracterizam como *superdireitos***, pois **não têm caráter absoluto**, dado que a "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" se faz "**nos termos" dos incisos do mesmo artigo**. É despiciendo adentrar em questões relacionadas às duas últimas *inviolabilidades* (da propriedade e da segurança), mas pontuar alguns dos limites que a própria CF impõe às demais e aos princípios que delas decorrem.

O **princípio da inviolabilidade do direito à igualdade** ou apenas *princípio da igualdade* é lido, geralmente, no sentido de *tratar os iguais com igualdade e os desiguais na medida das suas desigualdades*. Com efeito, o princípio da igualdade significa, em regra, conferir iguais direitos e dar as *mesmas oportunidades* a todos os indivíduos que se encontrem em *condições similares*, bem como sujeitá-los a *sanções*

[270] P.ex., as que figuram a partir do item 39 do Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc, em particular, no que toca ao presente estudo, nos seus itens 34, 38, 40, 41, 43, 45, 49, 56, 57 e 59.

de mesma natureza, quando do cometimento de crimes, ilícitos civis *etc*. Porém, não implica tratar todos os indivíduos *exatamente da mesma forma*, sempre e em qualquer ocasião, pois poderá haver quem se apresente em situação *dissimilar* em relação aos demais e que necessite de tratamento diferenciado (p.ex., a criança e o idoso, em relação ao adulto, a pessoa que necessita de cuidados especiais em razão de doenças, em relação à pessoa que não os necessita *etc*.). Em qualquer caso, porém, **as restrições ao princípio da igualdade hão de ser buscadas na CF**, pois é ela que, no sistema jurídico brasileiro, fundamenta eventuais limites aos princípios que enuncia. Dessa feita, a CF pode conferir maior ou menor grau de liberdade para legislar sobre a igualdade em determinados temas, porém, **jamais o legislador ordinário poderá estabelecer *desigualdades* que não decorram do próprio texto constitucional**, o que é evidente, pois, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio se aplica a quaisquer dos direitos e garantias previstos no art. 5º da CF.

Quando se tem em mira o princípio da igualdade em relação a sexo ou a gênero sexual, que interessa mais de perto, o inciso I do art. 5º explicitamente dispõe que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". **As restrições a esse princípio, portanto, têm, em essência, sede constitucional** e, de modo geral, nenhuma outra **limitação** pode ser estabelecida ao direito à igualdade entre mulheres e homens, **além daquelas previstas na própria CF**. Sem a pretensão de ser exaustivo, vê-se que a CF estabelece algumas ***desigualdades* explícitas *em favor da mulher*** e *em detrimento do homem*, como: (a) "proteção do mercado de trabalho da mulher" (art. 7º, XX); (b) "difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários" (art. 17, § 7º); (c) menor idade para aposentadoria (art. 40, § 1º, III, e art. 201, § 7º I e II); e (d) dispensa do serviço militar obrigatório (art. 143, § 2º). Outras estabelecem a **paridade de tratamento entre mulheres e homens**, não admitindo distinção entre umas e outros, como: (e) direito à titulação de imóvel urbano de uso familiar (art. 183, § 1º), ou de área rural oriunda de reforma agrária (art. 189, parágrafo único); (f) pensão por morte de cônjuge ou companheiro(a) (art. 201, V); (g) reconhecimento de união estável (art. 226, § 3º); (h) exercício dos "direitos e deveres inerentes à sociedade conjugal" (art. 226, § 5º); e (i) **planejamento familiar** como direito de "livre decisão do

casal”[271] (art. 226, § 7º), sobre o que se falará à frente. Tais espécies de normas, como é cediço, têm por objetivo, principalmente, reduzir as disparidades entre mulheres e homens na sociedade brasileira.

Existem, porém, outras normas jurídicas constitucionais que decorrem especificamente da **condição biológica própria da mulher**, qual seja, a possibilidade de ser mãe, de gerar no seu próprio organismo um outro ser humano, **o que a diferencia fundamentalmente do homem**. São desse teor: (a) o citado *caput* do art. 6º, que eleva a proteção à maternidade a *status* de direito social; (b) o inciso II do art. 201, que determina que o Regime Geral de Previdência Social deve atender à “proteção da maternidade, especialmente à gestante”; (c) o inciso I do art. 204, que, dentre os objetivos da assistência social, arrola a “proteção à [...] maternidade”; e (d) o também citado inciso I do § 1º do art. 227, que determina que o Estado deve promover assistência integral à criança *etc*. e, para tanto, estabelecer “políticas específicas” que, dentre outras coisas, atendam ao preceito da “aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil”. **Essa dimensão biológica própria da mulher** também parece informar outras normas constitucionais que estabelecem tratamento diferenciado para a mulher, em relação ao homem (como, quiçá, a aposentadoria com menor idade e a dispensa do serviço militar obrigatório), mas configura-se como **a razão mesma da existência dessas normas jurídicas**. Portanto, **ainda que a mulher não queira ser mãe**, que não pretenda jamais assumir a maternidade e, até mesmo, em alguns casos deseje ostentar a identidade de gênero masculina, **a diferença biológica entre mulheres e homens é um *fato***, e **esse fato é dotado de *especial valor* no mundo do *dever ser***, ao menos no Direito brasileiro.

Mas, veja-se que, quando **a CF elege a maternidade** como um traço distintivo da mulher em relação ao homem e **digno de proteção diferenciada**, não se pode deixar de deduzir que, ao fim e ao cabo, o que realmente é **objeto da proteção constitucional diferenciada** não é a mulher em si, mas **o nascituro em desenvolvimento no seu organismo**, a sua vida, a sua saúde, sem jamais desprezar a necessidade de garantir a saúde e a vida da mulher, especialmente quando gestante, pois é *óbvio e ululante* que, **da saúde e da vida desta, dependem as**

[271] Por *casal* há de ser entendido não só o resultante do casamento civil, mas, igualmente de uniões estáveis, quer entre mulher/homem, quer em outras configurações (v. notas de rodapé nºs 24 e 121).

daquele. Assim, se a **coerção estatal** se justifica para a "transformação de condutas" visando à igualdade de direitos entre mulheres e homens (*Voto*, p. 47), com muito mais razão se justifica **para garantir o direito à vida do nascituro**, que, com base na CF e nas diversas outras normas jurídicas brasileiras citadas, há de ser protegido na categoria de cláusula pétrea de superior hierarquia em essência.

Destarte, a **igualdade dos direitos da mulher em relação ao homem** – que concerne especialmente ao campo profissional e econômico, mas se aplica em diversas outras esferas, como familiar, social, política *etc*. – **não vai nem pode ir ao ponto de autorizar o aborto**. Daí se infere que a mulher que, p.ex., entende que uma gravidez, em determinado momento de sua vida, pode *prejudicar* sua *carreira profissional, acadêmica, política etc.*, deve adotar método contraceptivo apropriado às suas escolhas para evitá-la, pois o *atrapalho* que uma gestação possa implicar, p.ex., ao seu *projeto profissional* **não é justificativa jurídica bastante para tirar a vida do nascituro** que se desenvolva no seu organismo[272]. Não se pode olvidar que, biológica e juridicamente, **a mulher gestante é *desigual* ao homem**, justamente porque leva um ser humano em desenvolvimento no seu organismo – coisa que o homem não pode, ao menos na atualidade, salvo homens trans que conservem intacto seu aparelho reprodutor – e não há medida jurídica capaz de, em face do sistema jurídico brasileiro, legitimamente igualá-la a ele enquanto perdurar a gestação, donde a elevação da proteção da maternidade à categoria de direito social pela CF e os direitos (e deveres) daí decorrentes.

4.2.8 Liberdade: o mais limitado dos direitos e garantias individuais

Já o **princípio da inviolabilidade do direito à liberdade**, ou princípio da liberdade, é como que *esmiuçado*, *detalhado* nos incisos do próprio art. 5º da CF, que especifica diversas *expressões* de liberdade, como, p.ex.: de "manifestação de pensamento", "vedado o anonimato" (IV); "de consciência e de crença", em caráter inviolável (VI); de "expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (IX); do "exercício de

[272] Lembre-se que o próprio SUS disponibiliza variados métodos de contracepção, inclusive de longa duração (como anticoncepcionais injetáveis e o DIU de/com cobre) e até mesmo a laqueadura, que, atendidos os requisitos legais, é uma opção juridicamente válida para a mulher que tem convicção plena de que jamais desejará ser mãe (tópico 4.1.6.1).

qualquer trabalho, ofício ou profissão", exceto quando é necessária sua regulamentação por lei (XIII); de "locomoção no território nacional em tempo de paz" (XV); de "reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público", nos termos que são especificados na CF (XVI); "de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar" (XVII); além de outras expressões do *direito à liberdade* que podem ser encontradas nos demais incisos do art. 5º, ou deles deduzidas, assim como em/de outros dispositivos da Carta Magna, sem deslembrar os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (CF, art. 5º, § 2º). Vê-se, pois, que esse princípio compreende os direitos à **autonomia** e à **autodeterminação**, como também o direito à **liberdade sexual**, à **liberdade reprodutiva** e **de planejamento familiar**, frequentemente referidos em trabalhos pró-aborto como direitos conferidos à mulher pela ordem constitucional que se sobreporiam ao direito à vida do nascituro.

Porém, o inciso II do mesmo art. 5º reza que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Portanto, **desde que respeitadas as normas jurídicas constitucionais** que regem o princípio da liberdade, em suas diversas expressões, a lei pode estabelecer **quaisquer restrições ao princípio da liberdade** que o legislador entenda **necessárias para a regulação da vida em sociedade**. Destarte, o princípio da liberdade tem sua sede na norma constitucional, mas **encontra sua principal fonte de restrições na lei** (compreendidas as demais normas com força legal)[273].

Sem muito receio de errar, pode-se dizer que **o princípio da liberdade é o mais limitado, o mais cerceado dentre todos os direitos e garantias individuais previstos no *caput* do art. 5º da CF** (com exceção da liberdade de crença e consciência, que é, por comando constitucional expresso, inviolável). Isso porque, infelizmente, o ser humano (ainda) precisa de normas jurídicas que lhe digam *o que pode/deve fazer*, ou *não fazer/deixar de fazer* e, igualmente, daquelas *que punam os seus atos e omissões nocivos a outros seres humanos*, individual ou socialmente considerados. E há que se atentar que, nessa seara – o da tipificação de crimes, estipulação de penas e fixação de outras normas de caráter penal –, está o legislador infraconstitucional autorizado a dispor com *liberdade* relativamente ampla,

[273] V. nota de rodapé nº 77.

respeitados, é claro, os princípios emanados da CF e os direitos e garantias individuais ali previstos, em particular os que se referem ao apenamento de condutas delitivas[274].

Já porque o direito à vida do nascituro goza de proteção constitucional em caráter de absoluta prioridade e, pois, revela-se princípio constitucional de superior hierarquia em essência, o princípio da liberdade atribuído à mulher em quaisquer de suas nuances – autonomia, liberdade reprodutiva *etc*. – não se lhe pode ser oposto. Mas ainda que assim não fosse, contrariamente ao entendimento que emana de trabalhos pró-aborto, em face do inciso II do art. 5º da CF, **são plenamente válidas (constitucionais) as limitações que o legislador possa impor à liberdade da mulher enquanto gestante visando à proteção da maternidade**, por força do *caput* do seu art. 6º. Dentre essas limitações presentes no ordenamento jurídico nacional, se encontram a atribuição do direito de nascer ao nascituro, decorrente do art. 7º do ECA, e a tipificação do aborto como crime em quaisquer de suas modalidades[275]. Logo, o princípio da liberdade atribuído à mulher não é fundamento jurídico suficiente para obstar a recepção dos arts. 124 e 126 do CP pela CF e autorizar o aborto ao seu livre-arbítrio.

4.2.9 Prioridade do direito à vida do nascituro em face do direito à vida em geral

Quanto ao **princípio da inviolabilidade do direito à vida**, ou *direito à vida em geral*, verifica-se que é o próprio art. 5º que estabelece a possibilidade de violação desse direito, ao permitir a **pena de morte**, "em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX", como se lê do seu inciso XLVII, alínea "a". As demais normas constitucionais a respeito do direito à vida – excluídas aquelas que utilizam o vocábulo *vida* em outros sentidos, como em *qualidade de vida*, *vida pregressa etc*. – são: (a) a do inciso V do § 1º do art. 225, que, em relação ao meio ambiente, versa sobre o controle estatal sobre "técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida"[276]; (b) a do multicitado *caput* do art. 227, que estatui o **direito à vida de**

[274] Tais como a proibição de "tortura" e "tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III), limites quanto ao estabelecimento de penas (art. 5º, XLVII) e outras normas jurídicas aplicáveis na esfera penal previstas no próprio art. 5º, ou em outros dispositivos da CF.
[275] Tópicos 3.6 e 3.8.
[276] CF: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego

crianças, adolescentes e jovens em caráter de **prioridade absoluta**, o qual, em especial em face do disposto no inciso I do § 1º do mesmo artigo, que se reporta à assistência materno-infantil, e associado à elevação da proteção à maternidade a direito social constitucionalmente garantido, nos termos do *caput* do art. 6º da CF, **compreende a vida do nascituro em caráter de cláusula pétrea de superior hierarquia em essência**, como dito e repetido; e (c) no *outro extremo da vida*, a do art. 230, que institui expressamente a garantia do direito à vida da pessoa idosa[277].

Quando, pois, se analisa as normas jurídicas da CF, excluindo seu art. 227, a **única hipótese** em que o **direito à vida pode *ser violado*** sem ofensa à norma constitucional, afora a excludente de punibilidade no caso de legítima defesa, **é a insculpida na alínea "a" do inciso XLVII do art. 5º**, repita-se, se houver *declaração de guerra* e, acrescente-se: desde que observada a norma constitucional pertinente, pois se o inciso XIX do art. 84 da CF não for observado, será inconstitucional qualquer tentativa de estabelecimento da pena de morte, mesmo em caso de guerra. Quando se extrapola a análise da CF para além do art. 5º, surge **apenas mais uma hipótese constitucional** em que o direito à vida previsto no *caput* desse artigo **não gozaria de inviolabilidade**: quando excepcionalmente for preciso *violá-lo* para **assegurar os direitos da criança e, consequentemente, do nascituro**[278], haja vista que, nos termos do art. 227 da CF, c/c seu § 1º, I, e art. 6º, estes se sobrepõem aos demais direitos previstos na própria Carta Magna, inclusive aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e, no extremo, da vida de outras pessoas, bem como a outros direitos e garantias previstos na própria CF, em razão do **dever constitucional** de sua observância com **prioridade absoluta**, dada sua superior hierarquia em essência.

Claro que isso não significa que possa a lei *impor* o sacrifício de nenhuma vida humana em razão do nascituro e particularmente **a vida da gestante há de ser**

---

de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente."

[277] Tópico 4.1.8.7. Embora não seja objeto do presente estudo, atente-se que a norma constitucional não abre exceções e, pois, há de ser aplicada qualquer que seja a idade ou as condições de saúde do idoso. Ou seja, abrange inclusive o idoso em idade muito avançada e em condições de saúde muito precárias, o que, por si só, já se constitui em impedimento constitucional à opção pela eutanásia, quer pelo próprio idoso, quer por seus familiares, médicos, cuidadores *etc*., e ao suicídio assistido. O mesmo se diga em relação a outros indivíduos, qualquer que seja a sua idade e condição de saúde.

[278] As considerações que se faz em relação à criança enquanto nascituro, naturalmente, se estendem ao ser humano em quaisquer das etapas de desenvolvimento mencionadas no *caput* do art. 227 da CF, seja ele criança nascida com vida, adolescente ou jovem.

preservada – até se condenada à pena capital, ao menos enquanto perdurar a gravidez – já pelo fato de que, **se morrer esta, provavelmente também aquele morrerá**, pois ainda não é possível haver gestação fora do organismo da mulher[279]. Daí se vê que **a proteção da vida do nascituro é a razão última das normas que protegem a maternidade** e que, por tal fundamento, outorgam à mulher certos direitos em detrimento do homem. São dessa natureza, em especial, a citada norma do art. 6º da CF, que **eleva a proteção à maternidade a *status* de direito social**, assim como outras normas jurídicas referidas que, p.ex., determinam a destinação de recursos para a **assistência à saúde materno-infantil** e preveem a **prestação de alimentos gravídicos**, cuja sede, em ambos os casos, se encontra no *caput* e no § 1º, I, do art. 227 da CF, a par de disciplinadas em normas infraconstitucionais (ECA e Lei de Alimentos Gravídicos).

Além dessas, no campo do Direito Penal, se destacam as normas que agravam as penas de crimes cometidos contra mulheres grávidas, como o próprio feminicídio, e as oriundas do Direito Convencional que suspendem a execução da pena de morte em relação à mulher grávida, enquanto perdurar a gravidez, ademais, evidentemente, das disposições penais que tipificam o aborto como crime contra a vida. Pode-se acrescentar que, se absolutamente necessário para o exercício da **legítima defesa da vida da mulher gestante**, parece não caber desdita de que é possível a violação do direito à vida do agressor (CF, art. 5º, *caput*), pois estar-se-á protegendo, ao mesmo tempo, **a vida do nascituro que é gerado em seu organismo** (CF, art. 227, *caput*).

Continuando na área do Direito Penal, a prioridade absoluta dos direitos da criança enquanto nascituro levanta o seguinte questionamento: *Haveria, em função dessa prioridade, incoerência sistêmica da excludente de punibilidade do inciso I do art. 128 do CP, ou seja, no caso de aborto necessário, quando "não há outro meio de salvar a vida da gestante"?* A resposta há de ser pela **negativa**, pois é sabido que **a morte da mãe normalmente provoca a morte do nascituro** e, se não realizado o aborto, quando se mostra imprescindível para salvar a vida daquela, **serão duas as vidas extirpadas**, quando **ao menos a da mulher poderia ser preservada**. Assim, há coerência sistêmica da norma do inciso I do art. 128 do CP, mas também se percebe que a opção pelo aborto deverá ser a **derradeira alternativa**, não a

[279] V. notas de rodapé nºs 114 e 179.

primeira[280]. Já a norma do inciso II do mesmo art. 128, que prevê a excludente de punibilidade do aborto tão-somente por conta de a gravidez resultar de estupro mais uma vez **se revela antinômica**, pois, *de per si*, não visa a salvar a vida da mulher.

Destarte, ressalvada a hipótese de aborto necessário (CP, art. 128, I), **os direitos da *criança enquanto nascituro*, hão de ser assegurados diante de quaisquer outros, aí abarcados os que possam ser atribuídos à mulher**, como os direitos à liberdade, autonomia, autodeterminação, liberdade sexual, liberdade reprodutiva, igualdade, dignidade *etc*. – sejam eles analisados isoladamente, sejam englobados em um *subsistema jurídico de proteção à mulher* –, e **excluído o direito à vida da própria mulher**, para que efetivamente seja observada a norma jurídica constitucional que estabelece os direitos da criança enquanto nascituro com índole de absoluta prioridade, ou seja, sobreposto a qualquer outro previsto na própria CF. **O direito à vida e demais direitos previstos no *caput* do art. 227** – não só da criança enquanto nascituro, mas em qualquer fase de desenvolvimento, de RN a adolescente e jovem – **estes sim** se configuram como ***superdireitos* oponíveis aos demais previstos na CF**, inclusive aos previstos no art. 5º da CF.

Isso fica inda mais claro quando se alia, à interpretação da norma constitucional, as infraconstitucionais e aquelas provenientes do Direito Convencional, como as acima citadas. Dessas, pontua-se a norma do item 1 do art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica (CADH), que reza que o direito à vida "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção". Sobre a expressão "em geral" se discorreu antes[281] e se falará um pouco mais à frente[282], mas o que importa neste passo é acentuar que, no sistema jurídico brasileiro, **o dever de proteção à vida humana "desde o momento da concepção" se coaduna perfeitamente com a absoluta prioridade do direito à vida da criança enquanto nascituro** que, repise-se, decorre – especialmente, mas não só – da interpretação do *caput* do art. 227 da CF, aliado ao inciso I do seu § 1º e à norma do *caput* do seu art. 6º.

Mas, ainda que assim não fosse – ou seja, que se interpretasse diferentemente o *caput* e o inciso I do § 1º do art. 227 e o art. 6º da CF – e se admitisse, *ad argumentandum tantum*, que o direito à vida do nascituro não se configura como

[280] Tópico 4.1.7.
[281] Tópico 3.5.
[282] Tópico 4.2.11.

um *superdireito* ou *supergarantia* oponível a quaisquer outros, nem nessa circunstância haveria possibilidade de desconsiderar que a CF assegura o direito à vida do nascituro, a partir da análise das suas demais disposições, particularmente do seu art. 5º. Isso porque, além da legítima defesa de outra vida, que também fundamenta o aborto necessário (CP, art. 128, I), **a única outra hipótese constitucional em que é admitida a violação do direito à vida** – neste caso, de forma explícita e inequívoca – **é o estabelecimento da pena de morte em caso de guerra**, nos precisos termos do inciso XLVII, alínea "a", do art. 5º da CF. Mas, mesmo aí, o Direito Convencional, como visto, ordena o adiamento da execução da pena de morte, no caso de mulher grávida, até o término da gravidez. Ou seja, **preserva a vida do nascituro**, qualquer que seja o estágio do seu desenvolvimento, pois esse, obviamente, não tem responsabilidade alguma pelo crime que tenha sido imputado à sua mãe e que tenha implicado a decretação da pena capital.

4.2.10 Princípio da proporcionalidade em relação ao direito à vida do nascituro

Por tudo quanto foi visto até aqui e mais o que se verá, **não se há de falar em aplicação do *princípio transversal da proporcionalidade*** na defesa dos direitos de quaisquer espécies atribuídos às mulheres, quando em confronto com a defesa da vida do nascituro, na medida em que este tem **prioridade absoluta sobre quaisquer outros defluentes da própria CF**, como cláusula pétrea de superior hierarquia em essência que é. A única exceção admissível no Direito brasileiro, repita-se, é a do aborto que se faça imprescindível para salvar a vida da mãe e, fora dela, a vida do nascituro há de ser preservada acima de qualquer outra.

Importa recordar que, diante de qualquer princípio que integra o repertório de dado sistema jurídico, **é mister adotar a interpretação que lhe atribua a máxima eficácia**, mormente quando se trata de princípio de ordem constitucional que prevalece sobre os demais, ou seja, que coexistam em um sistema cuja estrutura se baseia na regra da hierarquia das normas jurídicas. Se o princípio é, além disso, caracterizado pela própria norma constitucional como **cláusula pétrea** de caráter ***absolutamente prioritário***, goza de **superior hierarquia em essência** e nenhuma outra norma do repertório jurídico se lhe pode opor, **nem tampouco sua eficácia ser diminuída, restringida ou limitada por interpretação resultante de outro qualquer princípio**,

seja de caráter *transversal* ou outro, **não dotado da *mesma* hierarquia em essência** (*absoluta prioridade*). Tentar interpretar o direito à vida da criança, previsto no *caput* do art. 227 da CF, de modo a aplicá-lo apenas à criança nascida com vida – excluindo, portanto, a criança enquanto nascituro – significa, nada mais, nada menos, que **limitar indevidamente a eficácia do, reitere-se, único princípio eleito pela Carta Magna como de *absoluta prioridade***. Assim, na interpretação de quaisquer outros princípios previstos na CF, ou dela decorrentes – compreendido o princípio da dignidade da pessoa humana, de que trata o art. 1º, III, e os princípios do direito à vida, à liberdade e à igualdade insertos no *caput* do art. 5º, quando referidos à mulher ou a outra *pessoa humana* – **hão de ser lidos de modo a assegurar a prioridade absoluta** da vida e dos demais direitos da criança estatuídos no *caput* do art. 227 c/c seu § 1º, I, e demais dispositivos constitucionais citados, em qualquer fase do seu desenvolvimento, incluída, portanto, a fase em que se caracteriza como **nascituro** (pré-embrião, embrião ou feto) em desenvolvimento no organismo da mulher.

Na aplicação da regra transversal da proporcionalidade, portanto, **a única *proporção* que se pode admitir é a que favoreça o direito à vida do nascituro**, acima dos demais direitos e garantias previstos na CF, ou em qualquer outra norma do repertório do sistema jurídico brasileiro. Descabem, portanto, argumentos que colocam outros princípios e *valores*, como a dignidade, direitos sexuais e reprodutivos da mulher, ou concernentes à saúde pública, como prevalecentes aos direitos e garantias consagrados pelo art. 227 da CF às crianças, mesmo enquanto nascituros, bem como a adolescentes e jovens.

O tema da **desproporcionalidade da opção pelo aborto ao livre-arbítrio da mulher**, em relação a outras alternativas jurídicas admissíveis no sistema jurídico brasileiro e passíveis de implementação pelo Estado será abordado novamente à frente[283]. Contudo, já a partir das considerações deste tópico, **caem por terra** os argumentos encontrados em trabalhos pró-aborto ao livre-arbítrio da mulher, especialmente os que se sustentam na **falaciosa noção de que a proteção constitucional do direito à vida não contempla a vida do nascituro**, na medida em que implicaria interpretação restritiva aos princípios estabelecidos em caráter de absoluta prioridade pelo art. 227 da CF (*caput* e § 1º, I) c/c outros dispositivos

[283] Tópico 5.1.3.

constitucionais, como o *caput* do art. 6º. Essa constatação, rigorosamente, dispensaria a necessidade de continuar a examinar outros argumentos pró-aborto, pois **nenhum deles é capaz de eliminá-la**, mas não se furta a discorrer sobre alguns deles, pois, por outros motivos, também não se sustentam.

4.2.11 Direito Convencional e direito à vida do nascituro

Muitos dos trabalhos pró-aborto buscam no Direito Convencional – com ênfase em recomendações resultantes de cúpulas, conferências e comentários internacionais – elementos para justificar a introdução do aborto como direito de livre disposição da mulher no Direito brasileiro, conforme alinhado. E até impressiona verificar que, no âmbito internacional, diversas vozes – talvez muitas e até muitíssimas – **colocam direitos das mulheres acima do direito à vida do nascituro** e propõem a **legalização do aborto até mesmo como *solução* para a gravidez não planejada**, argumentando a necessidade de proteção da saúde de mulheres que, na falta de legalização, recorreriam à prática clandestina, a qual, quando insegura, colocaria suas vidas em risco. Sem dúvida, há um **sério problema de saúde pública envolvido no aborto inseguro, clandestino ou não**, mas em particular as conferências e comissões internacionais que propugnam pela adoção do aborto ao livre-arbítrio da mulher para resolvê-lo apenas sofismam: *jogam fora a criança com a água do banho*[284], ou melhor, com a *água* dos elementos biológicos expulsos do organismo da mulher com o abortamento – líquido amniótico, sangue *etc*. – *jogam fora* o ser humano em desenvolvimento nesse organismo, **em total desprezo pelo direito à vida consagrado em inúmeros tratados internacionais**, como a CADH (art. 4º, item 1) e o PIDCP (art. 6º, § 1º), **e em legislações nacionais**, como a brasileira[285].

Antes de dar sequência, porém, é necessário lembrar que, quando se fala em Direito Convencional ou Direito Internacional, quer público, quer privado, se está a referir aos acordos internacionais (tratados, convenções, pactos) que os Estados podem adotar entre si, bilateral ou multilateralmente, no âmbito ou não de

[284] Do ditado inglês *throw the baby out with the bathwater*.
[285] Diante de diversas manifestações que às vezes são bastante veementes em favor do aborto e totalmente dissociadas da proteção do direito à vida, em nível mundial – como no caso do Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc (ONU, 2016) –, vem o tema da sua motivação, o que é abordado à frente, ainda que não com a profundidade desejável (tópico 5.2; tb. Apêndice: materialismo e espiritualismo nas Ciências no séc. XXI).

organizações mundiais, regionais *etc*. a que pertençam[286], e, à toda evidência, **não se pode simplesmente adotar uma legislação estrangeira em solo nacional, a partir da mera assinatura de tratados e convenções**. Sem adentrar em minúcias a respeito do Direito Convencional, a CF estabelece que a "República Federativa do Brasil", além de ter como um de seus fundamentos "a soberania" (art. 1º, I), rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios listados nos incisos do seu art. 4º, dentre os quais a "independência nacional" (inciso I) e a "prevalência dos direitos humanos" (inciso II). No que respeita à celebração de tratados internacionais, a CF estatui que compete: (a) à União "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" (art. 21, I); (b) ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I); e (c) privativamente ao Presidente da República "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional" (art. 84, VIII).

Grosso modo, o *iter* para a celebração de acordos internacionais envolve: (a) a celebração do acordo, ou seja, a sua assinatura pelo Presidente da República, ou por aquele a quem tenha sido delegada a prática desse ato; e (b) o referendo do Congresso Nacional para a celebração do acordo (tratado, convenção *etc*.), o que se dá por meio de decreto legislativo, autorizando o Presidente da República a proceder à sua ratificação internacional (Rodas, 2015). Com a ratificação internacional, as relações se estabelecem entre Estados e, de imediato ou no prazo previsto no documento ratificado, no domínio internacional, sendo que muitos dos acordos internacionais firmados pelo Brasil se restringem a essas relações, não integrando, propriamente, o Direito interno. Para isso, ou seja, para que a norma internacional integre realmente o Direito interno brasileiro, é necessária ainda uma outra providência: a expedição de decreto pelo Poder Executivo que promulgue o tratado, convenção ou outro ato internacional, de modo que passe a valer como norma jurídica no Território Nacional (Rodas, 2015).

[286] Os acordos internacionais multilaterais normalmente respeitam à formação de organizações internacionais de qualquer âmbito, mas nada impede que um grupo de Estados, mesmo sem desejarem a criação de uma entidade dessa natureza, firmem acordos de caráter multilateral, ou seja, que estabeleçam regimes associativos, ultrapassando a noção pura de *bilateralidade* de direitos e obrigações, oriunda do Direito Contratual.

Quer valha apenas no âmbito internacional, ou também no âmbito interno, cabe ao STF "processar e julgar originariamente" os litígios "entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território" (art. 102, I, "e"), assim como resolver sobre a constitucionalidade de normas internacionais que tenham sido incorporadas ao repertório do sistema jurídico nacional, nos mesmos moldes de qualquer norma interna. Nada obstante, se o Estado brasileiro descumprir normas previstas em tratados internacionais que ratificar, fica **sujeito às sanções neles previstas**, inclusive a **processos judiciais junto a tribunais internacionais** e às sentenças por eles exaradas[287].

Foi dito que, de ordinário, os acordos internacionais cuja celebração tenha sido autorizada pelo Congresso Nacional e forem promulgados por decreto executivo adquirem o *status* de lei ordinária. Porém, também se viu que **tratados internacionais que versam sobre direitos humanos** recepcionados como lei ordinária gozam de *status* de norma supralegal, por força de entendimento do STF, além de, atualmente, poderem ser recepcionados como EC (CF, art. 5º, § 3º). Todavia, ainda aí, as normas jurídicas resultantes de tratados e convenções internacionais recepcionados como EC **jamais poderão se sobrepor às chamadas cláusulas pétreas da CF**, ou seja, **aos "direitos e garantias individuais" nela mesma previstos** (CF, art. 60, § 4º, IV)[288]. Assim, se é certo que "os direitos e garantias expressos" na CF "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, § 2º), não menos certo é que **os direitos e garantias individuais previstos na própria CF, não apenas no seu art. 5º, configuram-se como cláusulas pétreas e prevalecem sobre quaisquer outros** – em particular o direito à vida do nascituro que, em razão da proteção em caráter de absoluta prioridade que lhe é devida, é dotado de superior hierarquia em essência –, quer provenham de norma interna, quer de norma internacional recepcionada como norma supralegal ou com *status* de EC. Há, pois que se ter claramente que **os direitos humanos que prevalecem no Brasil em primeiríssimo lugar** são aqueles contemplados na **Carta Magna brasileira, jamais quaisquer outros que se lhes oponham**!

[287] Sobre risco internacional a que o Brasil está exposto, v. tópico 4.1.8.10 e tb. tópico 5.2.1.
[288] Tópico 2.3.

Em suma, por mais se possa firmar tratados, convenções e outros atos internacionais, as normas jurídicas neles previstas e incorporadas à legislação nacional **somente têm valor, no Brasil, se forem conformes à CF**. Devem, com efeito, **mostrarem-se coerentes com o sistema jurídico brasileiro**, não importando a quantidade de Estados signatários/participantes, a atualidade e relevância dos assuntos tratados, nem outro qualquer aspecto, como a maioria ou até a unanimidade das decisões exaradas nos documentos internacionais. Acaso venham a ser incorporadas ao Direito interno e se verifique sua **desconformidade com as normas jurídicas constitucionais brasileiras**, inclusive no caso de tratados e convenções recepcionados como EC, com **ferimento às cláusulas pétreas da CF**, hão de ser tachadas com a **eiva de inconstitucionalidade**. Bem se vê, portanto, que **nenhuma norma jurídica internacional**, mesmo cuidando do proeminente tema do direito à saúde da mulher sob o enfoque de saúde pública, **tem o condão de, no Brasil, se colocar acima do direito à vida da criança enquanto nascituro**, que, repita-se, goza de **prioridade absoluta**, qualidade essa que denota sua hierarquia superior em essência sobre os demais direitos e garantias constitucionais, incluídas quaisquer outras cláusulas pétreas – diga-se e repita-se.

Por outro lado, quando se coadunam com a CF, as normas jurídicas provenientes de tratados e convenções internacionais **têm o condão de reforçar os princípios constitucionais, na medida em que sejam coerentes com o sistema jurídico pátrio**. Exemplo disso é a mencionada norma do item 1 do art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica ou CADH, recepcionado pelo Direito brasileiro na qualidade de lei ordinária e à qual se atribui, quando menos, ***status*** **de norma supralegal**[289], que expressa e explicitamente dispõe que: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

O sentido da locução "em geral", presente no dispositivo da CADH, não retira, em nada, a força normativa do dever de proteção à vida desde a concepção a ser observado pelo Estado brasileiro. Trata-se de expressão comum em normas de tratados e convenções internacionais, como afirmado[290], devido ao fato de que neles comparecem Estados com múltiplos e diversos *Direitos*, cada qual com suas normas

[289] Tópico 2.3.
[290] Tópico 3.5.

jurídicas máximas (constituições, livros sagrados ou o que for) e de outras categorias que, em função do seu próprio sistema jurídico, não podem ser violadas pelos seus governantes (presidentes, reis, primeiros-ministros, sultões *etc*.) e legisladores (deputados, senadores, parlamentares, congressistas *etc*.). A ela equivalem muitas outras, como *respeitado o direito interno de cada Estado*, *observados seus processos legislativos etc*., e que visam à preservação do poder de autodeterminação dos Estados signatários, como, aliás, acentua o § 1º do art. 1º do Pidesc e, também, a Conferência do Cairo, ao estabelecer que:

> O cumprimento das recomendações contidas no Programa de Ação é direito soberano de cada país, de conformidade com as leis nacionais e prioridades de desenvolvimento, com o pleno respeito aos diferentes valores religiosos e éticos e à formação cultural de seu povo e de acordo com os direitos humanos internacionais universalmente reconhecido. (Capítulo II – Princípios, *caput*; sem sublinhas no original)

Dessa feita, ainda que acordes em firmar e ratificar tratados e convenções internacionais, os Estados *se reservam o direito* de não observar as disposições internacionais neles contidas que contrariem seu sistema jurídico interno. É o que ocorre com a norma do referido item 1 do art. 4º da CADH, pois alguns dos seus Estados signatários já poderiam ter, em seus ordenamentos jurídicos, normas que não contemplassem a proteção da vida *desde a concepção* – ou seja, que autorizassem o aborto – com as quais essa disposição, se não contivesse a locução “em geral”, entraria em conflito direto, talvez não solucionável apenas pela sua internalização (que implicasse *revogação da lei antiga pela lei nova*), pois poderia demandar modificação legislativa interna, até mesmo de suas normas máximas. Tome-se o exemplo do Brasil: de um lado, o direito do nascituro deve ser respeitado desde a concepção em consonância com essa norma internacional; de outro, no ordenamento jurídico nacional se encontra a excludente de punibilidade do aborto do inciso I do art. 128 do CP, que, em função da expressão “em geral”, é consoante com o item 1 do art. 4º da CADH. Porém, no que se refere às antinômicas hipóteses aborto resultantes do CP, art. 128, II, da ADPF/54 e pleiteada na ADPF/442, a expressão “em geral” não as socorre, pois **sua antinomia tem origem interna**, na medida em que decorre de incoerência em face do sistema jurídico brasileiro e desconformidade em relação à CF (inconstitucionalidade).

Superado esse aspecto, vê-se que **a proteção do direito à vida desde a concepção**, **prevista no item 1 do art. 4º da CADH, se amolda perfeitamente à absoluta prioridade da proteção da vida da criança enquanto nascituro, estatuída na CF**. Ademais, em relação ao aborto, a locução adverbial "em geral" dá azo, no Brasil e em "cerca de 90% dos países, representando 96% da população mundial" (Conferência do Cairo, item 8.19), à excludente de punibilidade do aborto necessário – quando não há outro meio para salvar a vida da mulher (CP, art. 128, I). Ou seja, ela *legitima* essa que é a única excludente de punibilidade do aborto coerente com o sistema jurídico nacional, ao mesmo tempo em que o restante do dispositivo reforça a incoerência das demais e, também, da pretensão deduzida na ADPF/442. E não só a CADH, mas igualmente o CIDC e o PIDCP reforçam esse entendimento.

4.2.12 Recomendações internacionais e direito à vida do nascituro

Além de realizar tratados, convenções, pactos e outros atos internacionais – que podem integrar o repertório do Direito interno do Brasil como lei ordinária ou EC – o País participa, por meio de delegações/representações, de conferências, comissões, comitês, cúpulas *etc*. realizadas no âmbito internacional, de ordinário para tratar de temas específicos, delas geralmente resultando recomendações diversas, dentre as quais a de adequar a legislação nacional dos Estados partes/participantes, em face de algumas questões levantadas nesses eventos. Exemplos desse tipo são os mencionados planos de ação resultantes da Conferências do Cairo, de 1994, e de Pequim, de 1995, o Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc, de 2016, o Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, de 2019, e o Consenso de Montevidéu, de 2013, os quais contêm recomendações aos Estados participantes para suprimirem a criminalização do aborto de suas legislações.

Os textos resultantes de tais encontros internacionais, inclusive os programas de ação neles elaborados, todavia, **não consistem em tratados ou convenções internacionais**, pois, para tanto, seria necessário adotar as regras internacional e nacionalmente exigidas para a celebração de acordos dessa natureza. Sem embargo, contêm orientações aprovadas pelas delegações/representações dos Estados que participaram das conferências, comitês *etc*. que os elaboraram e os programas de ação e/ou interpretações resultantes podem, sem dúvida, influenciar futuras normas

jurídicas nacionais, pois, como o próprio *Voto* esclarece, de ordinário estabelecem "linhas mestras para nortear a elaboração da legislação doméstica" (p.69). Mas, repita-se, **a *legislação doméstica* brasileira jamais se pode dissociar das normas jurídicas previstas da CF**, nem mesmo se fosse o caso de adotar normas jurídicas presentes em veros tratados internacionais ratificados pelo Brasil e ainda que internalizados como EC, pois nenhuma norma jurídica, nacional ou internacional, pode se opor às suas cláusulas pétreas, dentre as quais a **garantia de proteção do direito à vida do nascituro em caráter de absoluta prioridade** – cláusula pétrea de superior hierarquia em essência –, tampouco o podem meras recomendações internacionais de conferências, comitês, comissões, cúpulas *etc*.

Posto que assim não fosse, as orientações traçadas nas citadas Conferências do Cairo e de Pequim, mesmo que relevantes, em verdade, **não se prestam verdadeiramente como argumento pró-aborto**, pois seus próprios termos **orientam para a redução da dependência do aborto nos países que os permitem**. Isso se vê abertamente na Conferência do Cairo, onde, apesar da recomendação de revisar a legislação nacional sobre aborto, se lê que "em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar" (item 8.25). Essa Conferência concita, ainda, os Estados que legalizaram o aborto a "dar maior prioridade a serviços de saúde reprodutiva, inclusive a uma série abrangente de dispositivos anticoncepcionais", e, **expressamente**, a "se libertar de sua atual dependência do aborto no controle da fecundidade, atendendo urgentemente à necessidade das mulheres, nesses países, de melhor informação e de mais opções" (item 7.10; sem sublinhas no original). Mais relevante: propugna que "os governos devem tomar providências adequadas para ajudar as mulheres a evitar o aborto"[291] e reafirma que, "em nenhuma hipótese, [o aborto] deve ser promovido como método de planejamento familiar" (item 7.24; sem sublinhas no original).

É verdade que a Conferência de Pequim trouxe o seguinte adendo ao item 8.25 da Conferência do Cairo, após reproduzi-lo integralmente: "considerar a possibilidade de rever as leis que preveem medidas punitivas contra as mulheres que se tenham submetido a abortos ilegais" (item 106, letra "k"), e é mais veemente nesse sentido. Contudo, mantém as orientações mestras da Conferência do Cairo, donde se

[291] Percebe-se enorme carência na atuação estatal brasileira nesse sentido (tópico 5.1.4).

extrai que também a Conferência de Pequim **não autoriza o emprego do aborto como meio de planejamento familiar** (primeiro período do item 8.25 ali reproduzido) e propugna, assim como a anterior, quer pela evitação da gravidez, quer pela redução do emprego do aborto, destacando, na área da educação, o desenvolvimento de programas educativos que, além de outros aspectos, abordem "a necessidade urgente de evitar a gravidez não desejada" (item 83, "l"; sem sublinhas no original).

Mais peremptórios a respeito da descriminalização do aborto são o Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc e o Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, bem mais recentes que aquelas Conferências. O primeiro é todo um libelo em favor da descriminalização do aborto ao livre-arbítrio da mulher. Cabe acrescentar ao que acima se falou[292] que o art. 12 do Pidesc, que é objeto do Comentário nº 22, estabelece que seus Estados Partes "reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental" (art. 12, 1) e, dentre "as medidas que [...] deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito", incluem as "que se façam necessárias para assegurar", além de outras, "a diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças" (art. 12, 2, "a"). Corretamente, o Comentário Geral nº 22 considera a saúde sexual e reprodutiva parte integrante do direito à saúde, de que trata o art. 12 do Pidesc, contudo, parece desconsiderar outras disposições desse próprio Pacto. Com efeito, o Pidesc assegura que "todos os povos têm direito a autodeterminação" e, consequentemente, de estabelecer "livremente seu estatuto político" (art. 1º, nº 1), não se admitindo "qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais" assegurados nos ordenamentos jurídicos nacionais, "sob pretexto de que" o Pidesc "não os reconheça ou os reconheça em menor grau" (art. 5º, nº 2). Dessa feita, por mais peremptória que seja, a recomendação de descriminalizar o aborto ao livre-arbítrio da mulher **não pode ser imposta ao Brasil**, frente à garantia em caráter de absoluta prioridade dada pela CF ao **direito à vida** do nascituro, **sob pena de ferimento ao seu direito de autodeterminação**.

Já o segundo, ou seja, o Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, refere-se ao aborto em apenas um dos seus setenta itens, sendo que, na maioria dos demais, defende inexoravelmente o direito à vida, a partir do entendimento – compartilhado

[292] Tópico 4.2.6.

por este autor – de que “o direito à vida é o direito supremo do qual nenhuma derrogação é permitida” (item 1). Apesar disso, no seu item 8, ao lado do dever de os Estados Partes garantirem o aborto no caso de risco à vida e à saúde da mulher, compreendido o oriundo de sofrimento psíquico grave, como visto, também estabelece que os Estados “não podem regular a gravidez ou o aborto, em todos os restantes casos, de uma forma que seja contrária ao seu dever de garantir que as mulheres e jovens não tenham de recorrer a abortos inseguros, devendo rever a sua legislação sobre o aborto nesta conformidade”, inclusive de modo a “eliminar as barreiras existentes a um efetivo acesso das mulheres e jovens ao aborto seguro e legal, incluindo barreiras resultantes do exercício da objeção de consciência por indivíduos prestadores de serviços médicos, e não devem introduzir novas barreiras” (sem sublinhas no original). Vê-se que essa orientação do item 8 do Comentário nº 36 recusa reconhecer que **o nascituro tem vida**, em detrimento ao direito à vida assegurado no PIDCP, o que será visto melhor logo à frente.

Segundo relatos de experiências internacionais que se lê em trabalhos pró-aborto, a descriminalização do aborto contribuiria para a redução da mortalidade da mulher causada por abortos inseguros. Há que se considerar, contudo, que, ainda que seja uma alternativa em tese factível a alguns Estados que ratificaram o PIDCP e o Pidesc e/ou participaram das Conferências mencionadas (ou fazem parte da ONU, pois levadas a efeito no seu âmbito), **tal revisão é condicionada ao “processo legislativo nacional” de cada um dos Estados partes**, como acertadamente aponta o item 8.25 da Conferência do Cairo. Não poderia ser de outra forma, pois uma orientação em outro sentido implicaria invadir a soberania e a independência nacional dos Estados partes/participantes e limitar-lhes seu poder de autodeterminação, principalmente quando se tem em conta que **há países onde isso não é possível**, ao menos em razão das normas jurídicas atuais do repertório do seu sistema jurídico, ou em face da sua estrutura. **É o caso do Brasil**, onde essa alternativa **não é factível, pois esbarra** – diga-se ainda uma vez – **na absoluta prioridade do direito à vida da criança enquanto nascituro**.

Indo mais um pouco à frente, há que se atentar que um aborto clandestino não é necessariamente inseguro. Não há sinonímia aí, pois, como afirmam Rosa M. S. M. Domingues e colaboradoras (2020), o aborto ilegal ou clandestino “pode ser realizado com métodos adequados e profissional qualificado”, embora considerem

que “a ilegalidade e a clandestinidade aumentam os riscos à saúde associados ao procedimento” (p.2). Nessa toada, é intuitivo que a descriminalização do aborto deve provocar a diminuição do número de *abortos clandestinos*, pois **passarão à legalidade**, mas **não necessariamente reduzirá o número de *abortos inseguros*** e, consequentemente, dos índices de complicações decorrentes dessa prática e de mortalidade materna por essa causa.

O aborto inseguro é definido como procedimento “para pôr fim a uma gravidez indesejada, executado ou por pessoas a quem falta a necessária competência ou num ambiente carente dos mínimos padrões médicos ou ambas as coisas” (Conferência do Cairo, nota de rodapé nº 20) e, mesmo diante da sua descriminalização, **pode continuar a ocorrer** por uma série de fatores, tais como custo do serviço, dificuldade de acesso, falta de profissionais treinados e de ambientes adequados *etc*. Daí toda uma série de recomendações que se vê nos documentos internacionais aludidos, e que vem *agregada à descriminalização*, quanto à garantia de disponibilidade, acessibilidade e qualidade de serviços de saúde também para a realização de abortos, assim como para promover a sua aceitação pela população local. Quando presentes todos esses *agregados*, os gráficos estatísticos que forem produzidos a partir dos dados coletados possivelmente apresentarão linhas descendentes dos números de complicações e de mortes maternas causadas por abortos, bem como do número de abortos inseguros realizados (se passíveis de cômputo). De outro lado, possivelmente mostrarão uma linha ascendente do número de abortos realizados, talvez expondo um grande crescimento imediato, mas que, segundo se lê em trabalhos pró-aborto, penderia para sua diminuição ao longo do tempo e a se manter estável, o que, todavia, pode não se verificar. Portanto, por mais a prática do aborto deixe de ser considerada ilegal, **a descriminalização não é *de per si* suficiente para evitar que continuem a ocorrer *abortos inseguros***.

Porém, até em alguns trabalhos pró-aborto se verifica que **o que realmente é capaz de atuar na redução do número de abortos**, inseguros ou não – e que, já foi visto, se constitui em um dos principais objetivos das Conferências do Cairo e de Pequim –, são os **programas públicos** que visam à **educação e à saúde sexual e reprodutiva** de mulheres e homens e, em particular, ao **fornecimento de métodos contraceptivos principalmente às mulheres, aí abrangida a contracepção de emergência**. Isso parece ficar claro no relato trazido no próprio *Voto*, quando compila

passagem de documento da *International Women's Health Coalition*, onde se vê que países como Romênia e Portugal que descriminalizaram o aborto e, posteriormente, apresentaram decréscimo no número desses procedimentos, na realidade, ao lado da descriminalização, **incrementaram suas políticas visando ao uso de contraceptivos**, o que, sem contradita, de fato é capaz de gerar a redução do número de abortos, pois atua na **prevenção de gravidezes indesejadas** (inclusive decorrentes de estupro). A eventual redução ou estabilização do número de abortos após a descriminalização, além de haver a possibilidade de **não se verificar na prática**, não é capaz de eliminar totalmente a ocorrência de abortos inseguros com riscos para a saúde e a vida da mulher. Em verdade é uma *vitória de Pirro* dos Estados que optaram(em) por essa solução, pois não se ajusta aos objetivos de ***libertarem-se da dependência do aborto para controle da fecundidade*** e ***reduzirem o número de gravidezes indesejadas***. E, ao se analisar as alternativas disponíveis, a descriminalização se configura **a mais desproporcional e irracional**, dentre as medidas elegíveis pelos Estados para reduzir a mortalidade materna em virtude de abortos inseguros, pois **se faz à custa de tirar a vida do nascituro**, quando **há meios de promover a contracepção**, prevenindo gravidezes não desejadas e, em consequência, abortos seguros ou inseguros para eliminá-la.

Atente-se um pouco mais ao que se lê no Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, que é posterior ao Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc:

> 3. O direito à vida é um direito que não deve ser interpretado em termos restritivos. Representa o direito da pessoa a não ser vítima de atos e omissões que visem ou se possa esperar que provoquem a sua morte não natural ou prematura, bem como a viver com dignidade. O artigo 6º do Pacto garante este direito a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer tipo, mesmo pessoas suspeitas ou condenadas pela prática dos crimes mais graves.
> 4. O nº 1 do artigo 6º do Pacto dispõe que ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida e que este direito deverá ser protegido por lei. Estabelece os fundamentos da obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o direito à vida, dando-lhe efeito através da adoção de medidas legislativas e de outra natureza, e assegurando vias de recurso e reparação eficazes para todas as vítimas de violações do direito à vida.
> [...]
> 6. A privação da vida supõe um dano ou lesão intencional, ou de outra forma previsível e evitável, que ponha termo à vida, provocado por um ato ou omissão. Vai além de atentados ou ameaças de atentado à integridade física ou mental.
> 7. Os Estados Partes têm a obrigação de respeitar o direito à vida. Isto implica o dever de se absterem de envolvimento em condutas que resultem na privação arbitrária da vida. Os Estados Partes têm também a obrigação de garantir o direito à vida e atuar com a devida diligência para proteger as vidas

> de pessoas contra privações provocadas por pessoas ou entidades cuja conduta não seja imputável ao Estado. A obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o direito à vida abrange ameaças e situações ameaçadoras da vida razoavelmente previsíveis e suscetíveis de resultar em perda de vidas. Os Estados Partes podem violar o artigo 6º mesmo que tais ameaças e situações não resultem em perda de vidas.
> [...]
> 10. Embora inerente a qualquer ser humano, o direito à vida não é absoluto. Apesar de o Pacto não enumerar os fundamentos admissíveis para a privação da vida, ao estabelecer que as privações da vida não podem ser arbitrárias, o artigo 6º, nº 1 reconhece implicitamente que algumas privações da vida podem não ser arbitrárias. Por exemplo, a utilização de força letal em legítima defesa, nas condições abaixo especificadas no parágrafo 12, não constitui privação arbitrária da vida. [...]
> 11. A segunda frase do artigo 6º, nº 1 exige que o direito à vida seja protegido por lei, enquanto que a terceira frase estabelece que ninguém pode ser arbitrariamente privado da vida. Estes dois requisitos sobrepõem-se parcialmente na medida em que uma privação da vida que careça de base jurídica ou seja por outra razão incompatível com a legislação e os procedimentos protetores da vida é, em regra, arbitrária por natureza. Por exemplo, uma sentença de morte pronunciada na sequência de procedimentos legais conduzidos em violação da legislação nacional relativa ao processo penal ou à prova será, em geral e em simultâneo, ilegal e arbitrária.
> 12. A privação da vida será, em regra, arbitrária se for incompatível com o direito internacional ou interno. Uma privação de vida pode, contudo, ser autorizada pelo direito interno e, ainda assim, ser arbitrária. A noção de "arbitrariedade" não equivale plenamente a "contrário a lei", devendo antes ser interpretada de forma mais abrangente de forma a incluir elementos de desadequação, injustiça, imprevisibilidade e devido processo legal, bem como elementos de razoabilidade, necessidade e proporcionalidade. (sem sublinhas no original)

Esses dispositivos, além de muitos outros desse Comentário, vêm visivelmente ao encontro da proteção da vida do ser humano, salientando que **jamais pode ser suprimida arbitrariamente** e casos pode haver em que, conquanto "autorizada pelo direito interno", "uma privação de vida pode [...] ser arbitrária" (item 12). Gera perplexidade perceber que esse mesmo documento contém um item que, em parte, recomenda aos Estados Partes a revisão de suas legislações nacionais, de modo a descriminalizarem o aborto ao livre-arbítrio da mulher, ou seja, **a permitirem o aborto de forma totalmente arbitrária**, parecendo *esquecer* que **o nascituro é uma vida humana** em desenvolvimento no organismo da mulher e credor de proteção jurídica ao seu ***direito humano à vida***, o qual **não pode ser arbitrariamente suprimido**. De tão paradoxal, essa recomendação se revela uma *contradictio in terminis*, uma incoerência ou antinomia no microssistema jurídico que o Comentário representa, podendo até se tratar de uma *interpolação*, talvez visando a atender interesses outros, que não o de assegurar o direito à vida e à saúde das mulheres (ou,

ao menos, não apenas isso), como os ligados à utilização de embriões concebidos *in vitro* e mantidos em laboratório, em vista da polêmica jurídica sobre possuírem, ou não vida humana – o que não é objeto do presente estudo, repise-se.

Com efeito, diante da defesa intransigente que faz da vida do ser humano em praticamente todos os seus demais itens, o Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, ao tratar do grave problema que o aborto inseguro (clandestino ou não) representa para a saúde e a vida da mulher, guardaria coerência se preconizasse fortemente o reforço das políticas de educação e saúde sexual e reprodutiva e de planejamento familiar, e principalmente quanto ao uso/fornecimento de medicamentos/métodos contraceptivos, **medidas sabidamente muito mais efetivas, adequadas, razoáveis, racionais e proporcionais para a proteção da saúde e da vida da mulher, que a provocação da morte de nascituros** – de seres humanos em desenvolvimento no organismo feminino – **pela descriminalização do aborto**[293]. Mas, ainda que sem a ênfase que seria devida para emprestar coerência sistêmica ao Comentário como um todo, o mesmo item 8 não deixa de apontar o dever de os Estados prestarem informações e educação sobre saúde sexual e reprodutiva a mulheres e homens, assim como garantir-lhes acesso "a uma ampla variedade de métodos contraceptivos de custo acessível", daí intuindo-se também a orientação para atuarem com o **objetivo de reduzir o recurso ao aborto**.

Entendimento similar se extrai do denominado Consenso de Montevidéu, elaborado quando da Conferência Regional sobre População e Desenvolvimento da América Latina e do Caribe, em 2013, no âmbito da Cepal, órgão da ONU[294], e que se refere às recomendações da Conferência do Cairo, como se vê a seguir:

> B. DIREITOS, NECESSIDADES, RESPONSABILIDADES E DEMANDAS DE CRIANÇAS, ADOLESCENTES E JOVENS
> [...]
> *Acordam:*
> [...]
> 14. Dar prioridade a ações para prevenir a gravidez na adolescência e eliminar o aborto inseguro, mediante a educação integral para a sexualidade e o acesso oportuno e confidencial a informação, assessoramento, tecnologias e serviços de qualidade, incluindo a contracepção oral de emergência sem receita e as camisinhas femininas e masculinas;
> [...]

[293] A desproporcionalidade da opção pelo aborto, no Brasil, será abordada novamente à frente (tópico 5.1).
[294] Versão em português disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/consenso_montevideo_por.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024).

> D. ACESSO UNIVERSAL AOS SERVIÇOS DE SAÚDE SEXUAL E SAÚDE REPRODUTIVA
> [...]
> *Preocupados* com as elevadas taxas de mortalidade materna, em grande medida devidas à dificuldade para acessar serviços adequados de saúde sexual e saúde reprodutiva e à realização de abortos inseguros, e sabendo que algumas experiências na região mostram que a penalização do aborto provoca o aumento da mortalidade e morbidade maternas e não diminui o número de abortos, afastando os Estados do cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio,
> [...]
> *Acordam:*
> [...]
> 40. Eliminar as causas preveníveis de morbidade e mortalidade materna, incorporando no conjunto de prestações integrais dos serviços de saúde sexual e saúde reprodutiva medidas para prevenir e evitar o aborto inseguro, que incluam a educação em saúde sexual e saúde reprodutiva, o acesso a métodos contraceptivos modernos e eficazes e o assessoramento e atenção integral frente à gravidez não desejada e não aceita, bem como a atenção integral depois do aborto, quando necessário, com base da estratégia de redução de risco e danos;
> [...]
> 42. Assegurar, nos casos em que o aborto é legal ou não está penalizado na legislação nacional, a existência de serviços de aborto seguros e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita e instar aos demais Estados a considerar a possibilidade de modificar as leis, normas, estratégias e políticas públicas sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes, melhorando sua qualidade de vida e diminuindo o número de abortos;
> [...]
> 44. Garantir o acesso efetivo a uma ampla gama de métodos contraceptivos modernos, baseados em evidência científica com pertinência cultural, incluindo a contracepção oral de emergência; [...] (sem sublinhas no original)

Tal documento, do mesmo modo que as Conferências do Cairo e de Pequim, também não consiste em uma norma jurídica internacional, embora, mais uma vez, traga recomendações relevantes que hão de ser seguidas pelos Estados participantes, **na medida em que sejam passíveis de integração ao sistema jurídico de cada um deles**. Dito isso, sem dúvida se vê que, no item 42 do Consenso de Montevidéu, os Estados acordam em assegurar "a existência de serviços de aborto seguros e de qualidade para as mulheres com gravidez não desejada ou não aceita" e os insta a "considerar a possibilidade de modificar" suas normas jurídicas e políticas públicas "sobre a interrupção voluntária da gravidez para salvaguardar a vida e a saúde de mulheres e adolescentes" (sem sublinhas no original). Em qualquer caso, todavia, **tais medidas se aplicam aos Estados onde o aborto possa ser permitido, de acordo com as normas internas de cada um deles**, ou seja, cujo sistema jurídico admita modificação da legislação interna para permitir o aborto na "gravidez não

desejada ou não aceita", o que, como dito e repetido, não é possível no Brasil. O que é possível juridicamente no Brasil e **já é legalmente previsto é apenas a interrupção da gravidez para salvar a vida da mulher**, inclusive quando de sofrimento psíquico grave que coloque sua vida em risco, podendo, para tanto, ser promovido o aborto necessário, em face da excludente de punibilidade do inciso I do art. 128 do CP.

Tão relevante quanto, o Consenso de Montevidéu *reafirma* "a vigência dos objetivos e das metas do Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento aprovado no Cairo em setembro de 1994", que, relembre-se, **veda o aborto como meio de planejamento familiar**, e tanto um quanto outro documento **objetiva a diminuição do número de abortos**. Não por outra razão, o item 14 do Consenso de Montevidéu **dá prioridade à prevenção da gravidez indesejada na adolescência** e realça a prestação de serviços em saúde e educação sexual e reprodutiva, assim como os voltados ao **fornecimento de métodos contraceptivos**, sendo evidente que **o aborto não é o meio adequado para preveni-la**, pois pressupõe a ocorrência de gravidez.

Aliás, isso revela o **extremo contrassenso** entre o objetivo de reduzir o número de gravidezes indesejadas – ambicionado por essas recomendações internacionais, notadamente quanto à gravidez na adolescência, e visto até em falas pró-aborto, como no próprio *Voto* – e as orientações quanto à modificação de legislações internas, quando possível, para admitir o aborto ao livre-arbítrio da mulher, pois não se pode descurar possível **tendência de que a prevenção da gravidez seja relegada a segundo plano até pelos Estados**, pois a mulher (inclusive adolescente) poderá recorrer ao aborto **sempre que *desejar***[295]. Ou seja, nos países em que possa ser admitido o aborto por livre-arbítrio da mulher, essa talvez se configure em uma solução legislativa para combater o problema de saúde pública ocasionado por abortos inseguros, mas uma *solução pírrica*, pois, como afirmado, possivelmente não haverá como evitar de todo a sua ocorrência, nem contribui para a redução do recurso ao aborto e de gravidezes indesejadas.

Contudo, repise-se que **nenhum documento internacional pode exigir que *todos os Estados*, sem exceção, permitam o aborto ao livre-arbítrio da mulher**, pois isso pode implicar **oposição frontal aos seus próprios sistemas jurídicos**

[295] V. tópico 5.2.

internos – como é o caso do Brasil. Desse modo, as principais ações que, mesmo nos termos do Consenso de Montevidéu, são passíveis de adoção, senão por todos, pela imensa maioria dos Estados dizem respeito **à prevenção da gravidez indesejada** e, consequentemente, **à redução do número da sua ocorrência e do número de abortos**, o que somente é obtido com o fornecimento de serviços de saúde e educação sexual, reprodutiva e de planejamento familiar, em particular os **voltados à contracepção** desde a adolescência e ao fornecimento da **contracepção de emergência** (item 44). Ademais, quando o Consenso de Montevidéu fala em *interrupção voluntária da gravidez* (item 42), não se pode deduzir que, necessariamente, deva ser promovido o aborto, **admitindo-se, pois, a antecipação do parto** em substituição ao aborto, a partir do momento em que o nascituro apresente condições de sobreviver a ele (parto prematuro), de modo a garantir um nascimento com vida[296], o que também implica a **redução do número de abortamentos**, propriamente ditos, mas não a redução de gravidezes indesejadas, esta só obtenível, à toda evidência, com a adoção de métodos contraceptivos adequados.

4.2.13 Liberdade sexual, reprodutiva e de planejamento familiar: contracepção

Afirma o *Voto* – e nesse ponto se há de convir com ele – que "hoje já se sabe quais as ferramentas capazes de operar a redução das taxas de aborto" (p.116). Tais ferramentas consistem em investimento "nos fatores que promovem o planejamento familiar no contexto da liberdade reprodutiva da mulher", incluindo o "desenho de fórmulas institucionais de promoção da saúde sexual e reprodutiva e da proteção dos direitos das mulheres, com informação adequada, oferta dos métodos contraceptivos mais modernos, acesso ao aconselhamento de planejamento familiar", além do "acolhimento em situações de violência sexual, física ou psicológica" (*Voto*, p.111-112)[297]. Todavia, enquanto o fomento à saúde/educação sexual e reprodutiva e a oferta de contraceptivos constituem efetivamente **meios de evitar gravidezes indesejadas** (abarcadas, pelos métodos adequados, as decorrentes de estupro**) e, por consequência, o aborto, sobretudo o inseguro**, o direito ao livre planejamento

[296] Tópico 4.1.6.2.
[297] As ações estatais brasileiras nesse sentido ainda são muito ineficientes para prevenir a gravidez indesejada e abortos clandestinos/inseguros, o que será abordado à frente (tópico 5.1).

familiar e ao livre exercício de direitos sexuais e reprodutivos, assim como a autonomia e autodeterminação da mulher e outras prerrogativas compreendidas no princípio constitucional da liberdade, **são amiúde listados como argumentos pró-aborto**, ou seja, como direitos que culminariam na permissão de a mulher **arbitrariamente** decidir pelo aborto em qualquer situação. Porém, **nenhum desses direitos se constitui em fundamento jurídico suficiente** para a eliminação da vida de um nascituro, **nem mesmo quando tomados em conjunto**, à feição de um subsistema de proteção dos direitos da mulher. **Nenhuma mulher e nenhum homem têm liberdade plena** e a **norma infraconstitucional pode cercear** – e amiúde cerceia, inclusive por meio de normas penais – **as liberdades individuais**, quer para a proteção de direitos sociais mais relevantes, quer para assegurar direitos e garantias individuais que se lhe sobrepõem, como é o caso do direito à vida do nascituro.

No que tange à liberdade para a elaboração do planejamento familiar, bem como à liberdade sexual e reprodutiva, à autonomia da vontade, à autodeterminação e a outras liberdades, tanto mulheres quanto homens têm, **em princípio**, iguais direitos e sofrem as mesmas limitações, especialmente quanto ao respeito mútuo que se devem e que se estende à preservação da integridade física de um e de outro. Como bem coloca a Conferência do Cairo, "a igualdade nas relações entre homens e mulheres, em matérias de relações sexuais e de reprodução, inclui o pleno respeito pela integridade física do corpo humano", exigindo "respeito mútuo", e – aduz – igualmente a "disposição de aceitar a responsabilidade pelas consequências de um comportamento sexual" (item 7.34). E isso é evidente, porquanto, além de outras questões derivadas do relacionamento sexual, mulher e homem **podem gerar um ser humano** nas relações sexuais que mantenham e, a partir daí, se colocam na situação de mãe e de pai, devendo, em consequência, assumir as responsabilidades jurídicas oriundas da maternidade e da paternidade do ser humano que geraram, **ainda que não tenham desejado a gravidez**.

Falou-se, logo acima, que a igualdade entre homens e mulheres nesses aspectos é *em princípio*, pois, como é notório, **a mulher detém uma condição biológica que a diferencia essencialmente do homem, que é o fato de**, em decorrência de relações sexuais[298], **ser ela quem engravida e passa pela gestação**.

[298] Ou, se for o caso, em decorrência de técnicas de reprodução assistida, por métodos de fertilização *in vitro*.

Em outras palavras, a partir de uma única relação sexual, completa ou não, que mantenha com um homem, a mulher pode ter um de seus óvulos fecundados por um espermatozoide e, a partir daí, **trazer no seu organismo um nascituro** (ou mais de um, no caso de gêmeos monozigóticos, ou dizigóticos *etc*., se ocorrer a fecundação de mais de um óvulo no mesmo ciclo reprodutivo), o qual deverá se desenvolver até o nascimento e, **especialmente por isso, goza de direitos não outorgados ao homem**, que não pode, ao menos com a tecnologia contemporânea, gerar outro ser humano em seu próprio organismo[299].

Sublinhe-se que a circunstância de a mulher poder ser mãe é um ***fato* do *mundo dos fatos* inafastável *de per si***, pois decorre da dimensão biológica própria da mulher, porém, **não implica cerceamento algum à sua liberdade sexual ou reprodutiva no *mundo do dever ser***. Não há nenhuma norma jurídica brasileira que impeça, ou de qualquer forma limite – ou, por outra via, estimule – a liberdade sexual de mulheres e homens em função de sua capacidade reprodutiva, ou do que quer que seja. Pode, sim, haver **restrições morais, religiosas *etc*.** a determinados comportamentos sexuais e em determinados nichos sociais, mas que, por si sós, **não se configuram como normas jurídicas válidas no Brasil** e, pois, **não implicam nenhum cerceamento jurídico ao direito à liberdade sexual**, que decorre do princípio geral de liberdade expresso no art. 5º da CF. Portanto, há que se salientar que, **do ponto de vista eminentemente jurídico**, há liberdade plena de a mulher e de o homem se relacionarem sexualmente com quem quiserem, sempre os mesmos indivíduos ou não, do outro ou do mesmo sexo, um ou mais de um, quantas vezes desejarem, não havendo de se fazer quaisquer críticas ao comportamento sexual de nenhuma mulher ou homem, desde, é claro, que respeitada a vontade da(o)(s) parceira(o)(s) sexual(is) e preservada a sua integridade[300].

---

[299] Excluída, é óbvio, a situação de homens trans que mantêm intacto o aparelho reprodutivo feminino.

[300] Cabe esclarecer que, se a mulher (ou o homem) for casada nos termos da lei civil, tem de observar, assim como seu cônjuge (homem ou mulher), os deveres inerentes ao casamento previstos no CC, dentre os quais os de "fidelidade recíproca", "vida em comum no domicílio conjugal" e "respeito e consideração mútuos" (CC, art. 1.566, inciso I, II e V), que pressupõem a manutenção de relações sexuais, até como dever inerente ao casamento (o chamado *débito conjugal*) e, em princípio, apenas entre os cônjuges. Juridicamente, porém, nada obsta que os cônjuges acordem entre si em manter relações sexuais extraconjugais, com ou sem o conhecimento e participação do seu par (os chamados *casamentos abertos*), afastando a configuração de adultério, que, embora não seja mais tipificado como crime, pode descortinar "impossibilidade da comunhão de vida" (CC, art. 1.573, I) e dar ensejo à separação judicial litigiosa e posterior conversão em divórcio (CC, arts. 1.574 a 1.580). Situação similar pode ocorrer nas uniões estáveis, onde, nada obstante os(as) companheiros(as) não estejam sujeitos aos mesmos deveres do casamento, se devem "lealdade e respeito" nas suas "relações pessoais",

Igualmente **não há norma jurídica que restrinja ou cerceie o direito à liberdade reprodutiva**, que se origina da mesma norma constitucional. Ligando a liberdade reprodutiva à saúde reprodutiva, a Conferência do Cairo esclarece que esta "implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer" (item 7.2). Entretanto, é evidente que, quando se une a isso a componente *liberdade sexual*, é necessário ter em conta que, **quanto maior o número de relações sexuais** que uma mulher ou um homem mantenha com alguém do sexo oposto, seja esse alguém sempre o mesmo ou não, **maiores as chances de ocorrer uma gravidez, desejada ou não** – como também de advirem outras consequências, como contaminação por doenças ou infecções sexualmente transmissíveis (DST ou IST). Daí que o exercício do **direito à liberdade sexual implica aceitar a responsabilidade** pelas eventuais consequências do comportamento sexual adotado **na esfera do direito à liberdade reprodutiva**, ou seja, a superveniência da **concepção de um novo ser humano**, como acertadamente pontua o trecho transcrito da Conferência do Cairo.

Para impedir ***consequências indesejadas* da liberdade sexual no campo da liberdade reprodutiva** – ou seja, gravidez não desejada –, há inúmeros métodos contraceptivos eficazes disponíveis para a mulher (e alguns para o homem[301]), compreendendo a esterilização voluntária (laqueadura, para a mulher, e vasectomia, para o homem), inclusive por meio dos serviços do SUS. Por essas razões, quando trata da liberdade de se reproduzir, ou de decidir *sobre quando, e quantas vezes o deve fazer*, a Conferência do Cairo acresce que:

"assistência" recíproca e, havendo, obrigam-se à "guarda, sustento e educação dos filhos" (CC, art. 1.724), podendo livremente dispor, por meio de contrato, sobre outras questões que entendam conveniente, incluído o regime de relações sexuais que desejem manter (se apenas entre si, ou não, p.ex.), e fixá-las em instrumento contratual, na medida em que entendam necessário. De todo modo, às uniões estáveis aplicam-se as disposições de Direito Contratual que forem cabíveis, donde o descumprimento dos deveres legais e dos contratuais que tiverem estabelecido entre si, em instrumento contratual ou não, pode levar à dissolução do contrato de união estável que houverem pactuado.

[301] Para os homens, as opções ainda se restringem ao uso de preservativos e à vasectomia. Estão em fase de teste outros métodos contraceptivos masculinos, como a Inibição Reversível de Esperma sob Orientação, conhecida pela sigla Risug (do inglês *Reversible Inhibition of Sperm Under Guidance*), a pílula anticoncepcional masculina YCT-529 (Disponível em: https://site.cff.org.br/noticia/Noticias-gerais/03/01/2024/anticoncepcional-masculino-voce-usaria-#) e, também, o anticoncepcional masculino em gel ADAM, cognominado "DIU para homens" (Disponível em: https://site.cff.org.br/noticia/Noticias-gerais/12/01/2024/anticoncepcional-masculino-em-gel-apresentou-99-de-eficacia). Porém, não há notícias concretas sobre quando essas alternativas estarão disponíveis no mercado, ao menos por enquanto. (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

> 7.2. [...]. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis. (sem sublinhas no original)

Todavia, **o Estado brasileiro não pode obrigar ninguém a adotar nenhum método contraceptivo** e seu emprego se configura como uma **faculdade jurídica**. Consiste, pois, em prerrogativa que o ordenamento jurídico nacional outorga a mulheres e homens e que **cada qual, a seu exclusivo talante, pode exercer ou não**.

A prevenção da gravidez indesejada leva à questão específica do planejamento familiar, sobre o qual dita o § 7º do art. 226 da CF:

> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Cabe atentar que, consoante esse dispositivo, o planejamento familiar é *livre decisão **do casal***, e não apenas da mulher ou do homem, o que decorre do princípio da igualdade entre mulheres e homens na **família** ou **entidade familiar**. Porém, a própria CF reconhece "como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (art. 226, § 4º). Talvez em função disso, a mencionada Lei nº 9.263, de 1996, ao regulamentar o § 7º do art. 226 da CF, definiu que o planejamento familiar se constitui no "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (art. 2º).

Certamente, há direitos individuais da mulher e do homem envolvidos no planejamento familiar e, embora não haja norma legal específica a respeito no Brasil, em particular a mulher que o deseje, mesmo que não mantenha relações heterossexuais por qualquer razão (p.ex., por decisão puramente de índole pessoal,

ou por ser casada/manter união estável com outra mulher ou com homem trans), pode ser mãe, por meio do emprego de técnicas de reprodução assistida[302]. Contudo, ainda que a mulher e o homem não sejam casados, não mantenham união estável, nem integrem entidade familiar de qualquer sorte, a decisão de gerar um ser humano por meio de relações sexuais[303] não há de ser tomada isoladamente, sem o assentimento de ambos, pois necessariamente implica consequências para a(o) outra(o) e, mais especialmente, para as(os) filhas(os) concebidos, em face dos direitos que lhes são garantidos pela CF e pelo ECA, CIDC, CC *etc*. – que compreendem, p.ex., o de ter os nomes de seus genitores registrados em assentos de nascimento, além de questões patrimoniais, como direito a alimentos e decorrentes de sucessão hereditária. Frisa-se que os direitos assegurados à criança, inclusive quanto aos nomes dos genitores[304], não podem ser abolidos pela simples vontade da mãe ou do pai de criar sua filha ou filho sem interferência daquele ou daquela que a(o) gerou.

---

[302] Tramita na Câmara dos Deputados, o PL nº 1184/2003, originado no PL 90/1999 do Senado, que dispõe sobre "reprodução assistida" (Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-90-1999). No âmbito infralegal, a reprodução assistida é atualmente regulada pela Resolução nº 2.320, de 1º de setembro de 2022, do CFM, que prevê a transferência de embriões para o útero da mulher que pretende ser mãe e a "gestação de substituição" ou "cessão temporária de útero" (*barriga de aluguel*), em que uma mulher cede seu útero para a gestação de filho de outra mulher, permitindo que homens solteiros e casais homoafetivos masculinos possam ser pais (Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024). No que tange ao registro civil, a reprodução assistida é objeto de regulação do CNJ, atualmente por meio do citado Provimento nº 149, de 2023, que dispõe sobre o assunto em capítulo próprio (Livro V, Título II, Capítulo V, arts. 512 a 515), abarcando relações homoafetivas.

[303] Na reprodução assistida, que prescinde da relação sexual, o Provimento nº 149, de 2023, do CNJ estabelece que, para fins registrais, não pode ser exigida "a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida" (art. 479) e, "na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente", mas deve ser apresentado "termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação" (art. 513, § 1º), e, se for o caso, declaração "da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários" (art. 513, II). Esse Provimento também dispõe que "o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida" (art. 513, § 3º). Não se discutirá a competência do CNJ para regular todas essas questões, mas essas normas parecem bem pertinentes e oportunas, principalmente diante da demora do Poder Legislativo em regular o assunto.

[304] Pode haver mulheres que anelem o desejo de ser mãe e de criar sua prole sem participação masculina, as mães-solo *por convicção*, em oposição às que ficaram viúvas ou foram abandonadas pelos pais; similarmente, o mesmo pode acorrer a homens. Porém, salvo no caso de reprodução assistida (v. nota de rodapé nº 303) e de adoção, não há dúvida de que a criança tem direito a que conste, em seu assento de nascimento, os nomes de sua mãe e de seu pai biológicos e esse direito não pode ser suprimido ao alvedrio de mãe-solo ou pai-solo, porquanto condição para o exercício dos demais direitos que lhe são assegurados. Se ausente o nome do pai no registro de nascimento, pode ser "deflagrado procedimento específico destinado à" averiguação da paternidade (ECA, art. 102, § 3º), observada a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, e também da maternidade, conquanto isso seja mais raro, pois a gestação, o parto e/ou o RN normalmente são assistidos por profissional de saúde que, na forma do art. 3º, § 1º, da Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012, deve emitir a Declaração de

Além disso, a mesma lei estabelece que o planejamento familiar deve ser orientado por "ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade" (art. 4º). No que tange especificamente a métodos contraceptivos, determina que o SUS se obriga a garantir "programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais", incluindo, "como atividades básicas", dentre outras, "a assistência à concepção e contracepção" (art. 3º, parágrafo único, inciso I), e dispõe que, "para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção" (art. 9º).

Abrindo um parêntesis, a Lei nº 9.263, de 1996, trata nomeadamente do planejamento familiar no âmbito reprodutivo (art. 2º) e no atendimento global e integral à saúde (art. 3º), mas o alcance da *noção de planejamento familiar* que exsurge do § 7º do art. 226 da CF parece não se resumir a isso, pois, conquanto o dispositivo constitucional faça menção à "paternidade responsável", evoca o princípio da "dignidade da pessoa humana". Desse modo, em tese o planejamento familiar pode abranger quaisquer outros assuntos que digam respeito ao casal e exijam ou pressuponham um planejamento, como fixação ou mudança do domicílio familiar/conjugal, manutenção financeira do casal, divisão de tarefas domésticas entre cônjuges ou companheiros(as) e demais membros da entidade familiar, inclusive no que toca ao exercício dos direitos e deveres decorrentes da maternidade, da paternidade e da filiação, e outras questões que possam afetar a dinâmica familiar (p.ex.: mudança de profissão, concorrência a vagas em serviço público ou privado ou em cursos de graduação ou pós-graduação fora do domicílio do casal *etc*.). Também esses outros aspectos parecem ser abrangidos pelo dispositivo constitucional e, como tais, de livre disposição dos membros da entidade familiar, sendo igualmente vedadas quaisquer formas de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas quanto a eles, embora pudessem merecer atenção do Estado, em especial quanto à orientação que o casal ou entidade familiar possa necessitar. ***Fecha-se parêntesis***.

Volvendo ao dispositivo constitucional, vê-se que ele traz normas jurídicas de diferentes naturezas. Por primeiro, o § 7º do art. 226 da CF estabelece normas de

---

Nascido Vivo, onde constará o nome da mãe (art. 4º, V), podendo ser omitido o nome do pai, se a mulher não quiser indicá-lo (art. 4º, VI, c/c § 3º).

caráter principiológico, listando os princípios que regem o planejamento familiar, quais sejam: dignidade da pessoa humana, paternidade responsável e liberdade. Em segundo, traz norma jurídica impositiva, determinando o dever de o Estado "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício" do direito ao planejamento familiar. Por fim, o § 7º contempla norma de natureza proibitiva, vedando o emprego de "qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" quanto ao exercício do planejamento familiar pelos casais.

Sobre dignidade da pessoa humana se falou alhures e, sobre o princípio da *paternidade responsável*, embora o vocábulo utilizado seja masculino, na sequência o dispositivo fala em *casal* e, pois, se reporta à *condição de pais* (pai e mãe) e não apenas *de pai* (homem). Desse modo, a norma constitucional sobre planejamento familiar igualmente se refere à *maternidade responsável*. Trata-se, como alinhado, de expressão do princípio da igualdade (CF, art. 5º, I) que há de prevalecer na relação entre homens e mulheres, inclusive no que tange ao planejamento familiar.

Já quanto ao princípio da liberdade na elaboração do planejamento familiar, o dispositivo complementa o comando no seu trecho final, ao estabelecer a vedação do emprego de "qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" no exercício do direito do planejamento familiar. Essa norma de caráter proibitivo **reforça o sentido do princípio da liberdade expresso no mesmo dispositivo constitucional**, sendo intuitivo que **veda práticas que interfiram em aspectos da liberdade reprodutiva** do casal, da mulher ou do homem inerentes ao planejamento familiar – como, p.ex., as que digam respeito a número máximo de filhos e à adoção compulsória de métodos contraceptivos, compreendida a esterilização, ou, ao contrário, o estímulo direto ou indireto à geração de filhos (que também poderia implicar inobservância do princípio da paternidade/maternidade responsável).

Bem! É justamente esse trecho do § 7º do art. 226 da CF – a norma jurídica de caráter proibitivo que nele se contém – que é, não raro, tomado como argumento pró-aborto, com a seguinte leitura: *se instituições oficiais* ou privadas *não podem adotar* nenhuma *forma coercitiva* ao planejamento familiar do casal, *o Estado* **teria de** *autorizar o aborto*, quando a *gravidez não se insere nesse planejamento*.

Porém, *o que é planejamento familiar?* A CF não desce a esse detalhe – como sói acontecer em normas constitucionais – e, pois, compete ao intérprete/aplicador do Direito, assim como ao legislador, buscar o sentido de *planejamento familiar*, sentido

esse que, por óbvio, deve ser coerente com o sistema jurídico brasileiro, no qual está inserido. Buscando a interpretação *de baixo para cima*, foi visto que o legislador, ao regulamentar o § 7º do art. 226 da CF, para os efeitos da Lei nº 9.263, de 1996, definiu planejamento familiar como um "conjunto de ações" relacionados à saúde e liberdade reprodutivas (art. 2º), mas essa expressão também é vaga. Voltando à CF, a palavra *planejamento* aparece diversas outras vezes, nenhuma delas com uma *definição*, ou *explicação*, mas **de todas** – inclusive da Lei nº 9.263, de 1996 – **se depreende o sentido comum** do termo: *programar*, *projetar*, *elaborar planos etc*., que compreende o sentido de *intenção*, de *visão de futuro*, de *objetivos*, e pressupõe estabelecer *caminhos e metas*, traçar *etapas* e definir/descrever/prever *ações* a serem executadas para que essa intenção/objetivos se realizem. E, mais ainda: **é *um antes* que *poderá, ou não se concretizar***, devido a uma série de intercorrências, previsíveis ou não, incluídas as falhas na sua execução, de modo que um bom planejamento também há de delinear as *medidas possíveis* de serem adotadas ou, no mínimo, orientar a *revisão do planejamento* diante delas.

Alguém poderá dizer que essa noção de *planejamento* se aplica a uma atividade estatal, ou empresarial, e não a uma família. Contudo, a essência de um planejamento é a mesma em qualquer situação que exija um planear, desde as mais comezinhas atividades cotidianas – como ir ao mercado –, até às maiores empreitadas que possam ser concebidas pelo ser humano, e os planejamentos podem ser assaz simples, ou extremamente detalhados. Assim, o planejamento familiar é o estabelecimento, de regra informal, mas que pode até ser formalizado, daquilo que **o casal pretende realizar**, enquanto *família* ou *entidade familiar*, e naturalmente compreende a **geração de filhos** (quantidade, época em que desejam tê-los *etc*.), ou, ao contrário, o **intuito de não ter filho algum**, sendo **ambas opções totalmente válidas, do ponto de vista jurídico**, e nenhuma instituição oficial ou privada pode interferir nas deliberações a que, a respeito, cheguem os casais, salvo para capacitá-los a decidir. Ademais, a Lei nº 9.263, de 1996, proíbe "a utilização das ações" referentes a planejamento familiar "para qualquer tipo de controle demográfico" (art. 1º, parágrafo único). O conteúdo da ação estatal no planejamento familiar fica mais claro no item 7.12 da Conferência do Cairo, que vale trazer à colação, pois aborda intervenções vedadas aos Estados nessa temática:

> 7.12 O objetivo de programas de planejamento familiar deve ser o de capacitar casais e indivíduos a decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e a ter a informação e os meios de assim o fazer e assegurar opções conscientes e tornar disponível toda uma série de métodos eficientes e seguros. O sucesso de programas de educação da população e de planejamento familiar, numa variedade de circunstâncias demonstra que o indivíduo informado pode agir e agirá, em toda parte, com responsabilidade, de acordo com as suas próprias necessidades e das necessidades de sua família e da comunidade. O princípio da livre escolha consciente é essencial ao sucesso em longo prazo de programas de planejamento familiar. Não há lugar para qualquer forma de coerção. Em toda sociedade há muitos incentivos e desestímulos sociais e econômicos que afetam decisões individuais sobre a gravidez e o tamanho da família. No século passado, muitos governos experimentaram planos que incluíam incentivos e desestímulos para reduzir ou aumentar a fecundidade. A maior parte dos planos teve apenas um impacto marginal na fecundidade e, em alguns casos, foram contraproducentes. Os objetivos governamentais de planejamento familiar devem ser definidos em termos de necessidades não-satisfeitas de informação e de serviços. Objetivos demográficos, embora objeto legítimo de estratégias governamentais de desenvolvimento, não devem ser impostos aos prestadores de serviços de planejamento familiar na forma de alvos ou quotas no recrutamento de clientes. (sem sublinhas no original)

Indo além, o *planejamento familiar* revela **desejos, intenções,** objetivos a serem alcançados, ou seja, a planificação daquilo que **o casal intenta, almeja**, mas que... **poderá não se efetivar**, como pode acontecer com qualquer outro tipo de planejamento, pois é *um antes* que *poderá, ou não se concretizar*, repita-se. Destarte, o plano de gerar filhos poderá ser frustrado pela infertilidade presente (mas desconhecida) ou futura de um dos membros do casal, assim como **a programação de jamais ter filhos** poderá ser suplantada pela ocorrência de uma ***gravidez não planejada*** por falta de adoção de método contraceptivo adequado, falha do próprio método ou na observância de prescrições médicas quanto à sua utilização ou, quando for o caso, dos prazos para receber as novas doses de contraceptivos injetáveis ou para a substituição de DIU de/com cobre, e outras falhas na execução do quanto planejado que possam ocorrer[305].

Esses raciocínios **se aplicam** igualmente **à mulher** e ao homem considerados isoladamente, nos termos da Lei nº 9.263, de 1996. Mas, mais importante, da liberdade inerente à elaboração do planejamento familiar se deduz

[305] O raciocínio é válido tanto para casais hétero quanto homoafetivos, apenas que, no caso destes, a ocorrência de gravidez não planejada pressupõe, obviamente, a manutenção de relação sexual com pessoa do sexo oposto, a qual, se não houver a concordância do cônjuge, companheira ou companheiro, poderá descortinar adultério e propiciar propositura de ação de separação judicial, se casados forem, ou de dissolução da união estável entre eles mantidas (v. nota de rodapé nº 300).

que, **na mesma medida em que o Estado não pode intervir**, também **não é responsável**, nem tampouco pode ser responsabilizado **pelo planejamento familiar** de casais, mulheres e homens, **nem pela sua execução como planejado**. O casal, a mulher e o homem **são livres para decidir** sobre o seu próprio planejamento familiar e, de igual modo, **para executá-lo**, devendo assumir, em contrapartida, a **responsabilidade pelas consequências** da boa ou má execução do planejado. Isso é válido principalmente quando, diante da decisão de não ter filhos, ocorre gravidez, importando frisar que, juridicamente, o aborto não é espécie de *medida possível* de ser adotada, nem, tampouco, *alternativa* para suprir um mal planejamento familiar ou falhas na sua execução.

O Estado brasileiro, através do SUS, tem, sim, o **dever de fornecer os meios** tanto para a **capacitação** do casal, da mulher e do homem **para tomarem decisões responsáveis** quanto para, p.ex., **prevenirem a ocorrência de gravidezes não compreendidas no seu planejamento familiar**, por meio de programas de educação e saúde sexual e reprodutiva e de planejamento familiar, inclusive quanto à orientação/fornecimento de métodos contraceptivos adequados a cada caso. Porém, nem mesmo um casal, mulher ou homem cujo planejamento familiar não contemple a presença de filhos pode ser obrigado pelo Estado, itere-se, a adotar qualquer dos métodos de contracepção indicados pelos serviços de saúde, nem sequer a buscar esses serviços. Disso redunda que, salvo quanto a fornecer informações e meios para o planejamento familiar, incluídos métodos contraceptivos, e torná-los acessíveis à população, de forma voluntária (aceitáveis, sem qualquer forma de coerção), **o Estado não é nem pode ser obrigado a suprir quaisquer deficiências, quer na elaboração, quer na execução dos planejamentos familiares** livremente estabelecidos por casais, mulheres e homens[306].

O mencionado art. 9º da Lei nº 9.263, de 1996, reforça o caráter facultativo da adoção de métodos contraceptivos recomendados/fornecidos pelo SUS, ao garantir a

[306] No entanto, em tese o Estado pode ser responsabilizado se, na prestação de serviços relativos a planejamento familiar e fornecimento de métodos contraceptivos, der causa a falhas que provoquem a ocorrência de gravidez não planejada por um casal, mulher ou homem (p.ex., falha ou erro na prescrição de métodos contraceptivos ou na prestação de serviços de saúde e educação sexual e reprodutiva, fornecimento de anticoncepcionais ineficientes *etc*.), podendo também ocorrer o contrário, ou seja, falhas em serviços relativos à concepção. Aplicar-se-ia, no caso, o disposto no § 6º do art. 37 da CF, segundo o qual "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

liberdade de opção, na qual está naturalmente compreendida a de **não optar** por nenhum daqueles que for ofertado ou recomendado, ou absolutamente por nenhum existente e legalmente aceito. Entretanto, **o exercício pleno da liberdade sexual e reprodutiva da mulher que não quer ser mãe** – e a do homem que não quer ser pai – naturalmente não dispensa a **adoção voluntária de métodos contraceptivos** que considere adequados **para prevenir uma gravidez não planejada**. Falhas nos métodos contraceptivos podem ocorrer, pois nenhum oferece percentual de 100% de garantia de não haver concepção, o que é amiúde usado como argumento pró-aborto, inclusive pelo próprio *Voto* (p.82). Mas, para aquelas (e aqueles) que não desejam ser mães (e pais), **a pior opção é não adotar nenhum desses métodos**, **optar por um método contraceptivo incompatível com as suas condições e escolhas**, ou **negligenciar no seu uso conforme prescrito**, pois correm o **sério risco de facear uma gravidez indesejada**. Como se observa do *Voto*, "o estímulo à responsabilidade para evitar gravidez indesejada é medida normativa idônea, racional e proporcional para se chegar nas causas multifatoriais que orbitam o contexto do aborto" (p.123) e, também nesse ponto, há de se convir com ele, mas se deve acrescentar: **visando à eliminação do recurso ao aborto antinômico de qualquer espécie**.

Nesse comenos, **se há alguém que pode assumir o controle, de forma real e efetiva, sobre o fato de engravidar é a mulher**. É claro que jamais se pode descartar "a responsabilidade masculina na procriação e na contracepção", como coloca o *Voto* (p.66), mas, por mais se pretenda igualdade de gênero nesse aspecto, não é possível perder de vista que os métodos contraceptivos masculinos atualmente disponíveis são apenas o uso de preservativos durante a relação sexual e a vasectomia[307], mas esta apenas se for a opção do homem e ele for elegível a esse procedimento de esterilização – como a mulher, para a laqueadura. No mais, o homem consegue ser apenas *coadjuvante da mulher* na contracepção, podendo, se com ela convive ou mantém relacionamento estável, lembrá-la de tomar o anticoncepcional como recomendado *etc*. e, **em quaisquer situações**, usar preservativo masculino, ou certificar-se de que a mulher usará preservativo feminino ou diafragma e procurar saber se ela está adotando algum método contraceptivo[308], além, obviamente, de

[307] Sobre métodos contraceptivos masculinos em desenvolvimento, v. nota de rodapé nº 301.
[308] A adoção de cuidados da espécie pode ser difícil em relações sexuais eventuais, mas, nesses casos, o homem sempre pode (e deve) usar preservativo, não só para prevenir a ele próprio e a mulher de

jamais forçá-la a manter relações sexuais com ele[309]. Não se descura que a mulher não tem como *controlar* a ocorrência de eventual falha do próprio método contraceptivo por ela eleito, mas, com adequada e segura orientação, **se capacita a eleger o mais adequado às suas escolhas**, em termos de liberdade sexual e reprodutiva, e ao seu próprio planejamento familiar, profissional *etc*., e para cuidar de tomar o anticoncepcional oral ou nova dose do injetável nos prazos prescritos, buscar a substituição do DIU de/com cobre quando necessário *etc*. É, pois, **fator importantíssimo** na prevenção da gravidez indesejada postular pela **plena conscientização da mulher** sobre a imprescindibilidade de adoção de **método contraceptivo** adequado à sua condição e escolhas **para que não engravide, a não ser que o deseje, sem tergiversações, sem rodeios**.

Falar em *responsabilidade pela contracepção*, entretanto, talvez não seja o mais adequado. Isso porque, em primeiro lugar, não há dúvida de que **ambos, mulher e homem, são responsáveis por adotar métodos contraceptivos quando desejam evitar a gravidez**, e, quando se dá uma gravidez não desejada/planejada, ambos ou qualquer dos dois pode ter agido com irresponsabilidade, se não os adotaram durante o ato sexual, ou antes dele. Em segundo lugar, **a noção de responsabilidade leva à de responsável**, que tem várias acepções em Direito, como, p.ex., *responsável* pelo cometimento de um crime, pelo ressarcimento dos prejuízos sofridos por alguém, pela criança ou incapaz, pela adoção de determinadas medidas *etc*. Porém, especialmente fora do meio jurídico – mas também nele –, a ideia de responsável **atrai a de *culpa*, que, em sentido extrajurídico, vem carregada de *conteúdos emocionais***, e o debate passa a girar em torno da pergunta: *De quem é a culpa?* Na gravidez indesejada, isso pode dar azo a perquirições sobre *culpa* da mulher, ou *culpa* do homem, ou *culpa* de ambos e até *culpa* de terceiros. Essa discussão até pode ser relevante e benéfica para as pessoas envolvidas[310], mas, em termos jurídicos, tem pouca ou quase nenhuma importância em relação ao tema tratado, na medida em que o seu deslinde não altera o novo *status* jurídico da mulher e do homem a partir do fato da gravidez resultante do seu relacionamento sexual, pois

DST/IST, mas também para se precatar de uma gravidez *por ele* indesejada ou não planejada, pois, assim como a mulher pode não querer ser mãe, o homem pode não desejar ser pai.

[309] Lembrando que, se o homem usar de violência ou grave ameaça contra a mulher para com ela manter relação sexual, poderá se tipificar o crime de estupro, ou outro crime de natureza sexual.

[310] Para, p.ex., evitar que o fato se repita no futuro.

se tornam progenitores, mãe e pai do nascituro, ainda que não sejam casados, ou não mantenham união estável, com todas as consequências jurídicas daí advindas, inclusive, se for o caso, o dever de o homem arcar com alimentos gravídicos à mulher durante a gestação. Ademais, **a colocação da discussão sob o enfoque *emocional da culpa*** implica que, **de uma posição proativa e preventiva** – adotar métodos de contracepção para evitar a gravidez –, **passa-se a uma posição reativa** – descobrir de quem é a *culpa* pela concepção já ocorrida, que em geral é improfícua juridicamente[311].

Neste passo, retoma-se a ideia inicial de que a mulher pode assumir o controle sobre o fato de engravidar e se traz a ideia, não de *ter responsabilidade/culpa* (reativa), mas de **deter o poder**, de **não depender do homem** para decidir se e quando quer engravidar, de ser capaz de adotar por si mesma a(s) medida(s) contraceptiva(s) que lhe seja(m) mais adequada(s), quer às suas condições fisiológicas, quer ao seu planejamento familiar, abarcadas as escolhas profissionais, acadêmicas, políticas *etc*. (proativa). Não se trata de *responsabilizar* ou *culpar* a mulher por gravidezes indesejadas, mas de destacar que **a opção consciente pelo uso de contraceptivo pela mulher** significa o pleno ***empoderamento*** (do inglês *empowerment*) **sobre sua liberdade sexual e reprodutiva**, pois, com isso, ela não fica à mercê do homem quanto a não engravidar, nem se sujeita ao risco de uma gravidez indesejada. Com efeito, com o uso consoante as prescrições próprias do método contraceptivo eleito, **a decisão sobre se e quando engravidar passa a ser**, inexoravelmente, **da mulher, de forma efetiva e autônoma**[312].

Infelizmente, porém, vê-se discursos, normalmente baseados em igualdade de gênero e presentes até mesmo em publicações governamentais, que, se

[311] Em tese, pode haver necessidade jurídica de se perquirir da *culpa* da gravidez, se, p.ex., a mulher, o homem ou ambos assumiram, por meio de planejamento familiar formalizado ou não, a obrigação de adotar método contraceptivo e previram sanções para o inadimplemento dessa obrigação. Porém, percebe-se que são situações raras. De outro lado, o envolvimento emocional na perquirição da *culpa pela gravidez* pode gerar situações constrangedoras, limitadoras e até de violência, quer contra a mulher, quer contra o homem, provocadas por qualquer deles, ou por familiares/responsáveis, ou mesmo amigas/amigos de uma ou de outro, casos em que o recurso a medidas judiciais pode ser imprescindível, inclusive na esfera penal.

[312] Claro que, se a mulher for casada ou mantiver união estável, a decisão sobre a geração ou não de filhos, no contexto de planejamento familiar, deve ser conjunta, e não apenas de um, ou de outro membro da entidade familiar. Todavia, embora possa haver sérios impasses quanto a essa questão, eles devem ser resolvidos por ambos (ou todos, no caso de trisais, quadrisais *etc*.) os membros da entidade familiar, pois é vedada a intervenção estatal, salvo quanto a propiciar-lhes recursos educacionais e científicos para capacitá-lo a decidir.

corretamente apontam que também há responsabilidade do homem na contracepção, **não enfatizam** – ao menos não com a veemência que seria aconselhável e desejável – **o poder** que os contraceptivos femininos outorgam à mulher, **quanto à decisão de engravidar ou não**. Essa sorte de discursos, infelizmente, **mais aumenta o risco de gravidezes indesejadas**, seja no curso de casamento/união estável, seja em outras relações de caráter sexual, duradouras ou eventuais, assim como **potencializa o recurso ao aborto** inseguro ou não.

Portanto, longe se está de discussões sobre *desigualdade de gênero*, ou no sentido de minimizar a responsabilidade do homem na contracepção, tampouco de atribuir à mulher responsabilidade que lhe não cabe, mas de **real e efetivamente outorgar a esta o poder e o controle sobre sua liberdade sexual/reprodutiva e de planejamento familiar** e frisar o indelegável dever e responsabilidade do Estado, por força do § 7º do art. 226 da CF e da Lei nº 9.263, de 1996, de **conscientizar a mulher sobre as vantagens, para ela própria, da adoção de métodos contraceptivos**, fornecendo-lhe educação sobre saúde sexual e reprodutiva, bem como acesso a contraceptivos de qualidade, e igualmente alertando-a para os **riscos da prática sexual sem o uso de contraceptivos**, pois, salvo se for infértil, poderá engravidar, o que poderá ser algo que não deseje, ou que ocorra em um momento por ela não esperado, frustrando seu planejamento familiar, ou do casal *etc*. a que pertença, ou prejudicando outros aspectos de sua trajetória, p.ex., nos campos profissional e político.

A responsabilidade do Estado nessa seara pode ser lida, também, no item 131 do *Voto*, acima transcrito, que descreve um "ciclo vicioso e com impacto proeminente sobre a mulher" formado pela "ausência de conhecimento sobre a saúde sexual e reprodutiva" e pela "inacessibilidade aos métodos contraceptivos", assim como "à orientação em termos de planejamento familiar", o que acaba por incrementar "os números da gravidez indesejada e, potencialmente, o recurso ao aborto clandestino e inseguro" (p.85), com o que se há de concordar. Porém, se há de discordar veementemente da afirmativa de que, por conta desse e de outros problemas, o "aborto ilegal" consistiria no "único procedimento efetivo de controle da fecundidade" (*Voto*, p.84), que pode até fazer sentido no contexto em que formulada, mas, *data venia*, enuncia uma inverdade, pois, de um lado, o aborto não consiste em método de *controle da fecundidade* – leia-se: de planejamento familiar –, nem é o

único método para tanto (aliás, não admitido para o planejamento familiar). Em realidade**, o único *método* capaz de, com eficácia, atuar no controle da fecundidade feminina** e, ao mesmo tempo, **evitar abortos** de quaisquer espécies, **é o emprego de métodos contraceptivos**, donde o Estado brasileiro deve ser concitado a incrementar as **políticas públicas que visem à contracepção**, especialmente junto às camadas mais desfavorecidas da população brasileira, inclusive para dar cumprimento a suas obrigações decorrentes do Direito interno e convencional nessa e em outras searas[313].

A propósito da relação entre aborto e planejamento familiar e para encerrar este tópico, cabe relembrar *partes esquecidas* do item 8.25 da Conferência do Cairo em discursos pró-aborto, e frisar que esse item orienta os Estados a adotarem medidas para "reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação dos mais amplos e melhores serviços de planificação da família" e "fazer todo o possível para eliminar a necessidade do aborto", tendo presente que "em nenhum caso se deve promover o aborto como método de planejamento familiar" (sem sublinhas no original), ao que cabe acrescentar: nem, tampouco, como **meio para suprir deficiências no planejamento familiar** de casais, mulheres e homens, ou **falhas na sua execução**. Aquelas orientações expressas da Conferência do Cairo, das quais se deduz a última, *põem uma pá-de-cal* sobre qualquer pretensão de admitir o aborto como meio de planejamento familiar ou *controle da fecundidade* e, não só por isso, mas igualmente pelos demais motivos arrolados, a liberdade na elaboração e execução do planejamento familiar, na forma do § 7º do art. 226 da CF (e da lei que o regulamenta), e o direito à liberdade sexual e reprodutiva **também não servem de apoio à descriminalização do aborto**.

4.2.14 Consequências negativas do aborto para a saúde física e mental da mulher

Ao se tratar da crueldade do aborto em relação ao nascituro[314], foi dito que seus aspectos cruéis não se lhe restringem, mas alcançam a própria mulher que o realiza em si, ou se submete a procedimentos abortivos por meio de métodos medicamentosos ou cirúrgicos com todos os cuidados previstos, p.ex., no citado "*Clinical Practice Handbook*

[313] Tópicos 4.1.8.10 e 5.1.
[314] Tópico 4.1.4.

for Quality Abortion Care" (adiante, Manual Clínico) da OMS (2023b), que, por óbvio, são especialmente voltados para situações em que as legislações locais permitem o aborto ou excluem sua punibilidade – como é, no Brasil, a não punição do aborto necessário (CP, art. 128, I). Poderá haver quem considere *exagero* falar em *crueldade do aborto em relação à mulher*, mas **não há exagero em considerar as possíveis consequências negativas dos procedimentos abortivos**, mesmo os ditos *seguros*, **para aquelas que a ele recorrem ou se submetem**, inclusive em face do dever de "preservar sua saúde física e mental", nos termos do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha[315].

Nada obstante, quem se posta pró-aborto, usualmente pouco ou quase nada fala sobre isso e, menos ainda, esclarece sobre os efeitos negativos do aborto para a mulher. Para as defensoras e os defensores do aborto como um *direito* da mulher, o abortamento usualmente é propagado como um *procedimento de baixo risco* e que produziria *poucos* ou *reduzidos efeitos*, seja no aspecto físico, seja no aspecto mental (psíquico/psicológico), um *mal menor*, diante do que consideram o *mal maior* da ofensa de direitos das mulheres. Porém, quiçá assim não seja e **os efeitos do aborto para a mulher** talvez possam estar sendo **minimizados** e **pouco estudados**, até em prol de uma validação *super omnia*, consciente ou inconsciente, do discurso pró-aborto ao livre-arbítrio da mulher.

Inicia-se o tema tratando dos aspectos físicos do aborto que dizem respeito à mulher, além do que já foi dito a respeito. O método medicamentoso, quando aplicado logo no início da gestação, é o que, ao menos aparentemente, se mostra menos cruel e que oferece menor risco à mulher. Porém, mesmo nesse caso, o Manual Clínico da OMS (2023b) adverte que existe "a possibilidade de sangramento intenso com coágulos, passagem do tecido da gravidez e dor que pode ser significativamente mais forte do que as cólicas menstruais normais em algumas pacientes" (p.38; livre trad.)[316], que "quase todas as mulheres sentirão alguma dor e cólicas durante e após o aborto" e que "a ansiedade pode aumentar a sensibilidade à dor" (p.34; livre trad.)[317]. Para

[315] Lei nº 11.340, de 2006: "Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social".
[316] Original: "*Explain the possibility of heavy bleeding with clots, passage of the pregnancy tissue, and pain that may be significantly stronger than normal menstrual cramps for some individuals*".
[317] Original: "*Almost all women will experience some pain and cramping during and after an abortion*"; "*Anxiety can increase sensitivity to pain*".

mais, os fármacos utilizados para o abortamento podem provocar febre/calafrios e mal-estar e, com IG acima de 12 semanas, náuseas e vômito. Se a febre/calafrios e o mal-estar continuarem por mais de 24h, ou se houver sangramentos prolongados e dor intensa, a mulher deve buscar atendimento médico, sendo que dores intensas e persistentes podem indicar gravidez ectópica, ou "ruptura uterina, uma complicação rara, que é mais provável com história de incisão uterina prévia" (p.43; livre trad.)[318]. "Se o feto ou a placenta não tiverem passado 24-48 horas" desde a primeira dose do fármaco abortivo, é necessário "exame vaginal e remover qualquer tecido presente na vagina ou no orifício cervical" (p.44; livre trad.)[319].

Dependendo da IG e quando há contraindicação para o uso de fármacos abortivos, faz-se necessário o emprego de métodos cirúrgicos (AVM/AVE, ou D&E), o que aumenta os riscos para a mulher, assim como os aspectos cruéis dos procedimentos envolvidos. O Manual Clínico (OMS, 2023b) descreve, com os detalhes cabíveis em uma publicação da espécie, os procedimentos para o abortamento cirúrgico, que compreende "administração de profilaxia antibiótica e controle da dor (desde anestesia local até sedação de mínima a profunda ou, em alguns casos, quando necessário, anestesia geral), preparação cervical" e a realização do procedimento em si (que pode compreender a promoção de prévia assistolia cardíaca do nascituro), com a "supervisão da recuperação da paciente e alta" (p.54; livre trad.)[320]. Os procedimentos cirúrgicos são descritos em treze passos, tanto para a AVM/AVE quanto para a D&E, e ambos compreendem a dilatação cervical ou do colo do útero, com introdução e retirada dos dilatadores utilizados, dilatação mecânica, quando necessária para permitir a passagem da cânula (de tamanho adequado, conforme a IG), e aspiração do conteúdo do útero, ou desmembramento do nascituro e remoção de suas partes com fórceps, na D&E.

---

[318] Original: "*IMPORTANT: It is essential that the woman knows to seek medical attention for*: *prolonged or heavy bleeding* [...]*; fever/chills lasting more than 24 hours* [...]*; feeling generally unwell more than 24 hours* [...]*; severe pain that persists (evaluation is needed to rule out uterine rupture, a rare complication, which is more likely with a history of prior uterine incision)*".

[319] Original: "*If the fetus or placenta have not passed after 24–48 hours since receiving the first dose of misoprostol, consider performing a vaginal examination, and remove any tissue present in the vagina or cervical os*".

[320] Original: "*Surgical abortion includes the following tasks: administering antibiotic prophylaxis and pain management (ranging from local anaesthesia to minimal to deep sedation, or, in some cases where necessary, general anaesthesia), cervical priming, conducting the abortion procedure using the method selected, overseeing patient recovery and discharge*".

"Quase todas as mulheres sentirão alguma dor e cólicas durante a preparação cervical, durante o procedimento de aborto e pós-aborto", devido "principalmente à dilatação cervical (fisiológica, farmacológica e/ou mecânica) e às contrações uterinas"[321], donde a necessidade de oferecer e fornecer tratamentos para controle da dor, que podem ser farmacológicos ou não, não se podendo objetar que, como acentua o Manual Clínico (OMS, 2023b), "a negação do tratamento da dor como punição por ter feito um aborto" se constitui em "uma violação dos direitos humanos" da mulher que a ele se submete (p.62; livre trad.)[322]. Apesar disso, acentua que **a anestesia geral** é "um dos poucos aspectos potencialmente fatais da assistência ao aborto" (p.62; livre trad.; sem sublinhas no original)[323] e demanda a presença de médico especialista na área (anestesiologista) e equipamentos adequados para suporte à vida da mulher que dela necessite para a realização do aborto cirúrgico, mas, **em função dos riscos envolvidos, não é a primeira recomendação**.

Realizado o procedimento cirúrgico, "a inspeção do tecido da gravidez é importante para confirmar o sucesso do aborto" devendo ser identificada a presença de todas as partes do nascituro: as "quatro extremidades", "tórax/coluna" e "crânio", além da placenta (p.84; livre trad.)[324], especialmente quando do uso da D&E ou da curetagem. Caso todas essas partes não estejam presentes no *tecido da gravidez* – expressão que, ainda que compreenda a placenta e outros conteúdos do útero, é um grande eufemismo para ***restos mortais*** **do nascituro** – será necessário repetir o procedimento e, se não forem identificadas, o aborto poderá ser tido como malsucedido e "haverá um alto grau de suspeita de perfuração uterina, com partes fetais no abdômen da mulher" (p.84; livre trad.)[325], não se descartando, porém, a ocorrência de aborto espontâneo antes do procedimento, gravidez ectópica e

[321] Original: "*Almost all women will experience some pain and cramping during cervical preparation, during the abortion procedure and post-abortion. This pain is primarily related to cervical dilatation (physiological, pharmacological and/or mechanical) and uterine contractions*".
[322] Original: "*Denial of pain management as a punishment for having an abortion is a violation of human rights*". A mesma orientação é encontrada na p. 35 do Manual Clínico da OMS (2023b).
[323] Original: "*The use of general anaesthesia is one of the few potentially life-threatening aspects of abortion care*".
[324] Original: "*11. Inspect the tissue: Inspection of the pregnancy tissue is important, to confirm the success of the abortion. All the following components of the pregnancy must be identified: four extremities. thorax/spine; calvarium; placenta*".
[325] Original: "*If still unable to find all of the fetal parts, the provider should have a high degree of suspicion for uterine perforation with fetal parts in the abdomen*".

anomalia anatômica do útero (que podem não ser identificadas, quando o aborto não é precedido de exame de imagem).

Aproximadamente em linha com o Manual Clínico (OMS, 2023b), verificou-se que o manual "Atenção humanizada ao abortamento" do MS (Brasil, 2011b) arrola os métodos de abortamento indicados para o primeiro (AVE/AVM, curetagem, ou medicamentoso) e o segundo (medicamentoso, seguido, se for o caso, de aspiração ou curetagem) trimestres de gravidez e não aborda a D&E, mas admite o uso de curetas rígidas[326]. Já para o terceiro trimestre, a **norma técnica brasileira não descreve métodos de abortamento**, pois se reporta apenas ao uso do misoprostol ou ocitocina, de um lado, para "**esvaziamento uterino**" no caso de "**óbito fetal intrauterino**" e, de outro, para a "**indução do parto com feto vivo**" (p.36). Aliás, essa norma técnica, ao conceituar *aborto farmacológico* (ou medicamentoso), assegura a "toda mulher grávida", no caso de aborto permitido no Brasil, a opção "pela interrupção farmacológica da gravidez, tanto no primeiro como no segundo trimestre da gestação" (Brasil, 2011b, p. 34; sem sublinhas no original), mas silencia quanto ao terceiro trimestre. Disso se pode inferir que, **no terceiro trimestre de gravidez, a opção eleita pela norma técnica não é o aborto, mas o parto para um nascimento com vida**, posto que prematuro[327].

Contudo, a norma emanada do MS (Brasil, 2011b) não desce a muitos detalhes quanto a possíveis efeitos adversos das técnicas de abortamento para a mulher e às complicações que possam ocorrer. Também parece minimizar os graves riscos acentuados pelo Manual Clínico da OMS (2023b) quanto à anestesia geral, pois, ainda que saliente que "todos" hajam de "estar cientes dos riscos, dos aumentos dos custos e da permanência mais prolongada da mulher no hospital", orienta que a anestesia geral "deve ser empregada quando disponível e essa for a opção da mulher" (Brasil, 2011b, p. 40; sem sublinhas no original).

Quanto ao abortamento cirúrgico, o Manual editado pelo MS (Brasil, 2011b) aponta apenas o risco de perfuração uterina quando do emprego da técnica de curetagem com curetas rígidas[328], e menciona que, quando do uso da técnica AVM, há que se "atentar para o fato de que a perda do vácuo pode significar perfuração

[326] Tópico 4.1.4.
[327] Essa inferência é relevante também no que toca à promoção de assistolia cardíaca do nascituro, que será abordada à frente (tópico 4.4).
[328] Tópico 4.1.4.

uterina prévia" (p.32). Refere-se, porém, a alguns riscos e efeitos colaterais do fármaco utilizado, nos seguintes termos:

> O possível risco de sangramento excessivo e o eventual efeito psicológico de observar a expulsão do conteúdo uterino devem ser discutidos com a mulher, devendo a paciente permanecer internada até a finalização do processo. (Brasil, 2011b, p. 35; sem sublinhas no original)
>
> Efeitos colaterais podem ocorrer com a utilização do misoprostol, tais como: diarreia, que deve ser tratada apenas com hidratação oral, vômitos, controlados com antieméticos, e sangramento genital excessivo, tratado com esvaziamento uterino, preferentemente por meio de aspiração manual ou elétrica. (Brasil, 2011b, p. 37)

Já o Manual Clínico da OMS (2023b), além de apontar outros riscos, como se viu, dedica um subtópico à "avaliação e gestão das complicações do aborto" (p.95; livre trad.)[329] e orienta quanto aos procedimentos a serem adotados em cada uma delas. Além de complicações decorrentes de anestesia (especialmente a geral), de gravidez ectópica e de continuidade da gravidez (que demandaria a repetição dos procedimentos), se encontram: (a) hemorragia, que "pode resultar de retenção de tecido, atonia uterina, trauma ou lesão do colo do útero, coagulopatia ou, raramente, perfuração uterina ou ruptura uterina" (p.96; livre trad.)[330]; (b) infecção e sepse, que podem ser devidas a um incompleto esvaziamento do útero, seja no aborto cirúrgico, seja após o aborto medicamentoso; (c) perfuração uterina, que pode resultar em danos ao intestino ou vasos sanguíneos da mulher e, havendo suspeita, deve ser investigada por meio de laparoscopia ou, se indisponível, laparostomia, inclusive porque partes do nascituro podem ficar localizadas no abdómen da mulher e, se não retiradas, provocarem infecção e sepse; e (d) ruptura uterina, que, a despeito de ser uma complicação mais rara, pode ocorrer em IG mais avançada, ou na presença de cicatriz no útero (p.ex., resultante de cesárea anterior).

Há outros riscos físicos decorrentes do aborto, que consistem na possibilidade de a mulher contrair **infecção pós-abortamento**, o que também é pouco referido em trabalhos pró-aborto. Desse tema, se ocuparam Mayara M. de Carvalho e colaboradores (2020), por meio de pesquisa bibliométrica exploratória/descritiva, com coleta de dados em base internacional, na qual analisaram, em particular, artigos de

[329] Original: "*Assessing and managing abortion complications*".
[330] Original: "*Haemorrhage can result from retained tissue, uterine atony, trauma or damage to the cervix, coagulopathy or, rarely, uterine perforation or uterine rupture*".

maior impacto sobre infecções contraídas por mulheres que sofreram aborto espontâneo, ou se submeteram a abortamento induzido (aborto legal ou terapêutico e presumidamente seguro). Na conclusão, informam que a "infecção por bactérias como a *Listeria monocytogenes*" é "a mais relacionada ao aborto e indicadores de mortalidade, assim como o tratamento para vaginoses como complicações" e, embora as infecções bacterianas normalmente sejam preveníveis e tratáveis por meio de medicamentos adequados (antibióticos), atentam para a "necessidade de construção de redes de conhecimento mais fortalecidas na área", visando "contribuir para melhorar a assistência à saúde da mulher" e reduzir "possíveis complicações referentes ao aborto, principalmente, a infecção" (p.30).

Abrindo-se um longo parêntesis, o Manual Clínico da OMS (2023b) instrui que "o tecido da gravidez deve ser tratado da mesma forma que outros tecidos ou materiais biológicos, a menos que a paciente deseje, ou as regras locais determinem que ele seja gerenciado de outra forma" (p.44; livre trad.; sem sublinhas no original)[331]. Essa orientação remete ao dever legal de, nos casos de gravidez resultante de estupro em que tenha sido realizado o aborto – com base no inciso I do art. 128 do CP, ou no antinômico inciso II do mesmo artigo –, preservar os restos mortais do nascituro, qualquer que seja a IG, visando à realização de perícia para apurar o seu perfil genético e posterior comparação com o do acusado do crime de estupro. O assunto diz respeito à cadeia de custódia das provas, que interessa ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro[332], mas importa repisar a responsabilidade de preservar os vestígios de crimes, que é atribuída pelo § 2º do art. 158-A do CPP a *agentes públicos*, no caso, médicos e outros profissionais da saúde que atuam nomeadamente no SUS. Disso resulta que esses profissionais da saúde, hão de adotar as devidas providências para a preservação dos vestígios do crime de estupro consistentes no pré-embrião, embrião, feto ou partes deles expulsos/removidos por meio do aborto, observando, no que couber, o disposto no art. 158-B do CPP e demais normas legais aplicáveis, no que diz respeito, p.ex., à coleta dos vestígios e ao seu acondicionamento *etc*., sob pena de responsabilização na forma da lei. Essas normas legais têm incidência qualquer que seja o método abortivo utilizado, o que exige

[331] Original: "*Pregnancy tissue should be treated in the same way as other biological material unless the individual wishes or local rules dictate that it be managed otherwise*". A mesma orientação é encontrada nas p. 45 e 49 do Manual Clínico da OMS (2023b).
[332] Tópico 4.1.8.

especiais providências no caso de uso do método medicamentoso. Isso porque esse método, em tese, poderia ser autoadministrado pela mulher e até em sua própria casa, mas, diante do dever de preservar a cadeia de custódia das provas, seu emprego exige o acompanhamento da mulher durante todo o processo de abortamento, quer em uma unidade do SUS, quer em seu domicílio, por um profissional da saúde responsável pelo cumprimento desse dever legal, ou seja, de preservar os elementos probatórios aptos a produzir o perfil genético do nascituro abortado e que poderão comprovar a identidade do estuprador na ação penal. Possivelmente, pessoas que se posicionam pró-aborto dirão que tais providências imporiam *constrangimento* à mulher vítima de estupro que recorre ao aborto, pois poderia não só *observar a expulsão do conteúdo uterino* – ou seja, do nascituro abortado – como acompanhar a coleta e acondicionamento dos seus restos mortais, e, com base nos argumentos em que se sustentam, se postarão contra elas. Porém, não há nenhum constrangimento ilegal na adoção dessas providências e mesmo o Manual Clínico da OMS (2023b) refere-se à necessidade de observância das *regras locais* sobre o manejo do *conteúdo uterino*, ou seja, dos restos mortais do nascituro abortado. Normas relativas à cadeia de custódia consistem, sem contradita, em medidas legais *locais* cujo descumprimento levará à responsabilização, na forma da lei brasileira, de quem deixar de adotá-las. Mais uma vez se diga que a elaboração de perícia para a identificação do perfil genético do nascituro abortado é imprescindível para o deslinde da ação penal que vise à apuração do crime de estupro e da sua autoria, o que somente é possível se o *conteúdo uterino* for preservado. Diga-se, ainda, que, da promoção do caráter da ação penal relativa ao crime de estupro a pública incondicionada, resulta que a punição, na forma da lei, dos culpados por crimes de estupro interessa, não apenas às vítimas, mas à sociedade em geral e, em particular, a toda e qualquer mulher. Porém, se introduzida mais a antinômica hipótese de aborto ao livre-arbítrio da mulher, essa poderá ser utilizada – e até recomendada em surdina ou abertamente – em substituição ao também antinômico aborto no caso de gravidez resultante de estupro, para *evitar constrangimento*, que, repita-se nada tem de ilegal e que visa à proteção da própria e de outras mulheres, meninas, jovens ou idosas, de modo que, em caso de suspeita de gravidez oriunda de estupro, os médicos e demais profissionais da saúde, haverão de adotar as providências para preservar a cadeia de custódia das provas. ***Fecha-se este longo parêntesis***.

Falando em *constrangimento*, toca-se nas **consequências negativas do abortamento para a saúde mental da mulher** (aspecto psíquico/psicológico do aborto), que já transparecem no manual brasileiro, quando menciona "eventual efeito psicológico de observar a expulsão do conteúdo uterino", quando do aborto medicamentoso (Brasil, 2011b, p. 35). Na dissertação de mestrado de Débora C. N. Bordini (2018), que versou sobre desesperança e depressão em mulheres que passaram por abortamento espontâneo ou provocado, se lê que os sentimentos relacionados a este último são muito variados e até ambivalentes:

> Sentimentos frequentemente relatados pelas mulheres, após a vivência de abortamento provocado, podem ser muito ambivalentes e vão desde o medo da morte, do desconhecido e dos procedimentos que serão realizados na hospitalização, ansiedade, tristeza, desamparo, solidão, abandono, sentimento de culpa, vergonha, arrependimento e até alívio, necessidade de compartilhar sua experiência e sensação de colo vazio. Esses sentimentos não se originam no momento do abortamento, mas estão presentes desde a descoberta de uma gestação não planejada e indesejada e as dificuldades que ela suscita. (Bordini, 2018, p. 18; sem sublinhas no original)

A questão das consequências na saúde mental das mulheres que abortam, porém, é tormentosa. O multicitado item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP toca no assunto, mas foca apenas no aborto inseguro e não traz outros informes: "Os Estados Partes devem também proteger eficazmente as vidas das mulheres e jovens contra os riscos para a saúde mental e física associados aos abortos inseguros" (p.2; sem sublinhas no original).

O Manual Clínico da OMS (2023b) informa que "as sequelas psicológicas negativas ocorrem num número muito pequeno de mulheres e parecem ser a continuação de condições pré-existentes, em vez de serem o resultado da experiência do aborto induzido" (p.3; livre trad.; sem sublinhas no original)[333]. Porém, igualmente não traz outras informações a respeito, salvo a referência a dois artigos científicos, a saber: (a) *The Psychological Sequelae of Therapeutic Abortion - Denied and Completed*, de Paul K. B. Dagg (1991); e (b) *Abortion and Mental Health: Evaluating the Evidence*, de Brenda Major e outros (2009).

[333] Original: "*Negative psychological sequelae occur in a very small number of women and appear to be the continuation of pre-existing conditions, rather than being a result of the experience of induced abortion*".

O que de plano chama a atenção nessas duas referências é a sua *idade*, em relação à daquela publicação, pois, como data de 2023, a segunda dela dista **14 anos** e a primeira, **32 anos**. *Será que nesses 32 anos só houve uma publicação científica relevante – a de 2009 – que abordasse os efeitos psicológicos do aborto em relação à mulher e merecesse ser referida no Manual?* É possível que tenha havido outras, porém, a resposta a essa questão exigiria, no mínimo, uma revisão sistemática da literatura científica sobre o tema, que não cabe aqui. Entretanto, vale trazer algumas informações sobre os artigos citados como referência no Manual Clínico, ainda que limitadas aos seus resumos públicos[334]. Verifica-se que ambos são revisões de literatura científica, sendo que o mais antigo apresenta os seguintes objetivo, método e resultados:

> OBJETIVO: O objetivo deste artigo é revisar a literatura disponível sobre as sequelas psicológicas do aborto terapêutico, abordando tanto a questão dos efeitos do aborto na mulher envolvida quanto os efeitos na mulher e na criança nascida quando o aborto é negado.
> MÉTODO: Os artigos revisados foram inicialmente selecionados por meio de busca no Medline. Esse procedimento resultou na revisão de 225 artigos, que foram posteriormente selecionados, limitando-se os artigos àqueles que relatavam pesquisas originais. Finalmente, os estudos foram avaliados quanto à utilização ou não de grupos de controle, ou de medidas de sintomas objetivas e validadas.
> RESULTADOS: As sequelas [psicológicas] adversas ocorrem em uma minoria de mulheres e, quando tais sintomas ocorrem, geralmente parecem ser a continuação dos sintomas que apareceram antes do aborto e diminuem imediatamente após sua realização. Muitas mulheres a quem foi negado o aborto demonstram um ressentimento contínuo que pode durar anos, enquanto as crianças nascidas quando o aborto é negado têm numerosas dificuldades generalizadas nas funções sociais, interpessoais e ocupacionais, que perduram pelo menos até ao início da idade adulta. (Dagg, 1991, não p.; livre trad.)[335]

[334] Do que se apurou, nenhum desses artigos está integralmente disponível de forma gratuita na Internet. Nada obstante, seus aspectos que interessam ao presente estudo são apresentados nos respectivos resumos e quem se interessar por eles na integralidade poderá encontrá-los por meio dos *links* respectivos, constantes das referências.

[335] Original: "*OBJECTIVE: The purpose of this article is to review the available literature on the psychological sequelae of therapeutic abortion, addressing both the issue of the effects of the abortion on the woman involved and the effects on the woman and on the child born when abortion is denied. METHOD: Papers reviewed were initially selected by using a Medline search. This procedure resulted in 225 papers being reviewed, which were further selected by limiting the papers to those reporting original research. Finally, studies were assessed as to whether or not they used control groups or objective, validated symptom measures. RESULTS: Adverse sequelae occur in a minority of women, and when such symptoms occur, they usually seem to be the continuation of symptoms that appeared before the abortion and are on the wane immediately after the abortion. Many women denied abortion show ongoing resentment that may last for years, while children born when the abortion is denied have numerous, broadly based difficulties in social, interpersonal, and occupational functions that last at least into early adulthood*".

O artigo mais recente “reflete e atualiza o relatório da Força-Tarefa da Associação Americana de Psicologia sobre Saúde Mental e Aborto”, levada a efeito no ano de 2008 (não p.; livre trad.)[336], nos EUA, e do seu resumo se extrai que:

> [...]. Grandes problemas metodológicos permearam a maior parte da pesquisa revisada. Os estudos mais rigorosos indicaram que, nos Estados Unidos, o risco relativo de problemas de saúde mental entre mulheres adultas que fazem um aborto único e legal no primeiro trimestre de uma gravidez indesejada não é maior do que o risco entre mulheres que têm uma gravidez indesejada. As evidências não apoiaram a afirmação de que as associações observadas entre o aborto e os problemas de saúde mental são causadas pelo aborto em si, em oposição a outros fatores de risco preexistentes e concomitantes. A maioria das mulheres adultas que interrompem a gravidez não apresenta problemas de saúde mental. Algumas mulheres os apresentam, no entanto. É importante que as diversas experiências das mulheres sobre o aborto sejam reconhecidas, validadas e compreendidas. (Major *et al.*, 2009, não p.; livre trad.)[337]

As revisões sistemáticas de ensaios clínicos randomizados estão quase no topo da pirâmide das evidências científicas em saúde, só superadas pelas metanálises, como apontam Erik Montagna, Victor Zaia e Gabriel Z. Laporta (2020).

> A força, poder ou nível da evidência em saúde depende da forma como foi gerada esta evidência. Uma forma de representação proposta para esta avaliação é chamada de pirâmide de evidência ([...]). Trata-se de um esquema que relaciona os desenhos da pesquisa e os tipos de dados gerados para os quais se propõem níveis de valor de evidência. No topo da pirâmide, encontram-se as metanálises, seguidas pelas revisões sistemáticas e pelos ensaios clínicos randomizados. [...]
> Já na base da pirâmide, naturalmente haverá grande volume de dados. Tipicamente são estudos mais restritos, mais curtos, com recursos limitados, que dispõem de amostras menores, ou com demandas metodológicas menos restritivas que os ensaios clínicos randomizados. São os estudos genericamente chamados de observacionais, que podem ser do tipo caso-controle, coorte, ecológicos e de intervenção. Têm origem diversa, mas podem ser, por exemplo, aqueles derivados de dissertações e teses de pós-graduação. Por outro lado, quando tomados em conjunto, esses dados constituem volume expressivo de sujeitos, locais, *settings*, características sociais, econômicas, genéticas, dentre outras, que também são passíveis de agregação (*pooling*). Por meio de métodos específicos, os estudos observacionais também passaram a ser utilizados em metanálises para

[336] Original: “*This article reflects and updates the report of the American Psychological Association Task Force on Mental Health and Abortion (2008)*”.
[337] Original: “[...]. *Major methodological problems pervaded most of the research reviewed. The most rigorous studies indicated that within the United States, the relative risk of mental health problems among adult women who have a single, legal, first-trimester abortion of an unwanted pregnancy is no greater than the risk among women who deliver an unwanted pregnancy. Evidence did not support the claim that observed associations between abortion and mental health problems are caused by abortion per se as opposed to other preexisting and co-occurring risk factors. Most adult women who terminate a pregnancy do not experience mental health problems. Some women do, however. It is important that women's varied experiences of abortion be recognized, validated, and understood*”.

> tomada de decisão. Com isso, estudos tipicamente da base da pirâmide, com baixo nível de evidência e impacto limitado, também passaram a suprir dados para o topo da pirâmide, em revisões sistemáticas e metanálises.
> Entretanto, um dos maiores desafios encontrados para a utilização desses dados é sua grande heterogeneidade, seja de desenho experimental, forma de relato, seleção de sujeitos de pesquisa, critérios de inclusão e exclusão, instrumentos analíticos ou de populações estudadas. Além de particularidades inerentes aos estudos menores e locais, estima-se que 85% dos dados sejam desperdiçados, dentre outros motivos, por sua baixa qualidade. Assim, esforços têm sido empreendidos para aumentar o valor desses dados e diminuir o desperdício de informação, que poderia conferir mais robustez às metanálises. (Montagna; Zaia; Laporta, 2020, p. 1–2; sem sublinhas no original)

Ademais da heterogeneidade dos *estudos da base da pirâmide*, mesmo ensaios clínicos randomizados podem apresentar problemas metodológicos, o que se configura como um dos grandes escolhos em revisões sistemáticas e metanálises, obrigando os pesquisadores a adotar critérios rígidos para realizar uma ponderada seleção dos artigos encontrados e excluir aqueles que não guardam homogeneidade entre si, ou que adotam métodos científicos inadequados aos seus objetivos. É o que se deduz das "Diretrizes Metodológicas: Sistema Grade – Manual de graduação da qualidade da evidência e força de recomendação para tomada de decisão em saúde", publicado pelo MS (2014c) e voltado para "os elaboradores de revisões sistemáticas e avaliações de tecnologias em saúde (ATS)" (p.15). Nessas Diretrizes se lê que os "ensaios clínicos randomizados [...] podem ter a qualidade da evidência reduzida, devido à presença de limitações metodológicas referentes ao seu delineamento ou execução", como também, no conjunto, apresentarem "risco de viés", que "pode variar de acordo com diferentes desfechos quando cada um deles é informado por um conjunto de estudos específico (ex.: mortalidade em alguns estudos, qualidade de vida em outros)" (p.23). Desse modo, **se não houver uma judiciosa seleção dos ensaios clínicos randomizados, a qualidade da própria revisão sistemática é negativamente afetada**, porquanto "as limitações metodológicas indicam uma maior propensão a vieses, diminuindo assim a confiança na estimativa de efeito" (p.24; sem sublinhas no original)[338]. Doutro lado, uma seleção criteriosa normalmente **reduz** (às vezes drasticamente) **o número de ensaios clínicos randomizados** *etc*. a alguns poucos que reúnem condições para

[338] As referidas Diretrizes apontam outros problemas que podem afetar negativamente a qualidade de revisões sistemáticas.

revisão/metanálises, não raro restritos a amostras (número de participantes) pequenas, o que pode comprometer a **generalização dos resultados** das revisões ou seja, a **aplicação a outros públicos**, ou, ao menos, levantar **dúvidas sobre a real possibilidade de generalização dos seus resultados**.

Os artigos revisados por Dagg (1991) e Major *et alii* (2009) apontam problemas metodológicos nos ensaios clínicos encontrados, que, ao menos na segunda revisão, são classificados como graves, o que provavelmente foi contornado pelos seus autores por meio de critérios bem delineados para a sua seleção (ao menos é o que se espera que tenha ocorrido). Contudo, isso pode comprometer a generalização dos seus resultados, mesmo em relação a mulheres estadunidenses, considerando que, salvo engano, ambas as revisões se restringiram à realidade EUA, o que é expressamente declarado no artigo de Major *et alii* (2009).

Daí vem um outro ponto que é, justamente, a possibilidade de aplicação dos resultados dessas revisões a mulheres de quaisquer outros países, além dos EUA, pois, **quando se trata de saúde mental, os aspectos culturais assumem relevância significativa**. Não por outra razão, a 5ª edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), elaborado pela *American Psychological Association* (APA) (2014), toma o cuidado de advertir que "os limites entre normalidade e patologia variam em diferentes culturas com relação a tipos específicos de comportamentos" e, principalmente, que "os limiares de tolerância para sintomas ou comportamentos específicos são diferentes conforme a cultura, o contexto social e a família", de forma que "o nível em que uma experiência se torna problemática ou patológica será diferente", conforme o contexto cultural em que a pessoa se acha inserida (p.14; sem sublinhas no original). Destarte, **os efeitos psíquicos/psicológicos do aborto em relação à mulher estadunidense podem ser diferentes em relação a mulheres de outros países**, o que, ao lado da *idade* dessas revisões e dos problemas metodológicos encontrados nos ensaios clínicos revisados, haveria de ter sido levado em consideração quando da edição do Manual Clínico da OMS (2023b), na medida que se trata de um trabalho que, **ao menos em teoria**, deve ter **aplicabilidade a todos os países vinculados à ONU**, à qual se subordina aquela organização mundial, ou apresentar os necessários esclarecimentos e ressalvas quanto a aspectos de suas conclusões que podem apresentar variações em diferentes contextos socioculturais.

É claro, porém, que se se tratar de pesquisa, em dado país, que aponte **graves e generalizados efeitos negativos em saúde mental**, decorrentes de algum específico tratamento e/ou procedimento médico, **a prudência recomenda às autoridades sanitárias de outro país não o adotarem**, ou, se tiver sido adotado, sua suspensão e/ou restrição de emprego, ao menos enquanto outras pesquisas não sejam realizadas para verificar os efeitos em face do contexto cultural local. É o que se vê, até de forma não tão incomum, quando, p.ex., a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) suspende a comercialização de medicamentos ou realização de procedimentos médicos, ao ter notícia de resultados de pesquisas que apontam efeitos colaterais graves, riscos diversos, inclusive para a saúde mental, ou sua ineficácia, detectados após autorizada sua comercialização/realização no País.

Quando se trata de saúde mental, porém, o cuidado há de ser redobrado. Mesmo a ocorrência de poucos efeitos negativos psíquicos/psicológicos, em dado país, como resultado de tratamento e/ou procedimento médico, **não autorizaria sua imediata e irrestrita implantação em outro país**, considerando que os efeitos em saúde mental estão relacionados ao específico contexto cultural, social e familiar do país onde a pesquisa foi realizada, e que pode **diferir substancialmente em outro país que estuda a adoção desses tratamentos/procedimentos**. Ou seja, os riscos em saúde mental associados a procedimentos/tratamentos médicos podem ser, em dado país, maiores ou menores que os encontrados em estudos realizados em outro(s) país(es), donde hão de ser adotadas providências para **avaliar efetivamente esses riscos no país que intenta implantá-los**, antes da sua adoção, ou, quando menos, fazer uma implantação com acompanhamento minucioso, de modo a promover, de imediato, as medidas necessárias, caso se verifique agravamento de riscos à saúde mental das pessoas a eles submetidas. Trata-se de providências que decorrem, além da prudência, das orientações do DSM-5 (APA, 2014) e que, se não são, deveriam ser adotadas pelas autoridades sanitárias dos países, à vista de recomendações e pesquisas internacionais, a fim de evitar danos aos habitantes locais.

Deixando, porém, de lado questões que envolveriam aprofundamento incabível neste comenos, importa ver que o contexto cultural, social e familiar brasileiros é diferente do estadunidense, de modo que os resultados das revisões sistemáticas de Dagg (1991) e de Major *et alii* (2009) **podem, ou não ser aplicáveis**

***in totum* ao Brasil**. Ao menos, não seria aconselhável sua aplicação *direta e imediata* ao público feminino brasileiro, dada a notória diversidade cultural entre EUA e Brasil, isso sem descurar que há variações culturais, sociais e familiares no próprio Território brasileiro, que igualmente devem ser levadas em conta, no que tange a questões que envolvem saúde mental, como se deduz do DSM-5 (APA, 2014).

Não obstante, há algumas pesquisas brasileiras a respeito de aborto, como revela a citada análise levada a efeito por Porto (2023), a partir dos discursos apresentados na audiência pública realizada no âmbito da ADPF/442. Afirma a autora que:

> No Brasil, há o estudo de Benute et al. (2009), que apresenta média significativamente mais elevada de depressão e ansiedade entre mulheres com aborto inseguro, quando comparadas àquelas com aborto espontâneo. Todavia, Domingues et al. (2020) destacam que este é um estudo "com muitas limitações metodológicas" (p. 31).
> Apontando uma tendência contrária aos resultados de Benute et al. (2009), há três estudos a serem destacados. Dois estudos que utilizaram método quantitativo: um que entrevistou 1.121 mulheres de uma cidade do nordeste brasileiro e identificou que tentar um aborto sem sucesso estava associado a transtornos mentais comuns (Ludermir et al., 2010), e o que entrevistou 1.133 mulheres e identificou, entre outros achados, uma associação entre tentativa de aborto e depressão pós-parto (Ludermir et al., 2011). Por fim, um estudo qualitativo, de estudo de caso, que observou efeitos de proteção à saúde mental de mulheres quando da realização com sucesso e segurança de um abortamento voluntário (Zanello & Porto, 2019). (Porto, 2023, p. 5)

Percebe-se que, com exceção do trabalho de Domingues *et alii* (2020), as demais pesquisas arroladas por Porto (2023), posto que possam ter boa qualidade metodológica – o que não se discutirá –, parece que não são homogêneas entre si e são do tipo daquelas que se encontram na base da pirâmide de evidências científicas, a que se referem Montagna, Zaia e Laporta (2020). Ademais, mesmo sem a intenção de fazer uma busca aprofundada – muito menos uma revisão sistemática –, este autor localizou algumas publicações que abordam os efeitos psicológicos do aborto nas mulheres, mas constatou que, notadamente no Brasil, há poucos trabalhos a respeito do tema e menos ainda são os que apresentam boa qualidade metodológica[339]. A mencionada revisão sistemática levada a efeito por Domingues *et alii* (2020), que versou sobre aborto *inseguro* no Brasil, ou melhor, *clandestino*, bem denota essa

[339] Além disso, percebeu-se que grande parte dos trabalhos científicos brasileiros a esse propósito parece se dedicar mais diretamente ao aborto espontâneo e poucos deles se referem especificamente ao aborto provocado, quer legal, quer clandestino.

realidade: dos 820 artigos localizados na pesquisa que compreendeu o período de dez anos (2008-2018), foram selecionados cinquenta e, destes, **apenas três apresentaram "desfechos em saúde mental"** (p.30) (os três referidos na citação acima), cujos resultados, que apontaram problemas psicológicos/psíquicos decorrentes do aborto, foram assim descritos pelas autoras:

> Estudos que avaliaram desfechos na saúde mental também foram identificados. Um deles, com muitas limitações metodológicas, avaliou o escore de depressão e ansiedade de mulheres 30 dias após o abortamento, utilizando a escala *Hospital Anxiety and Depression*. Foi verificada média significativamente mais elevada de depressão (8,3 *vs*. 6,1, $p < 0.05$) e ansiedade (11,0 *vs*. 8,7, $p < 0,05$) entre mulheres com aborto inseguro, quando comparadas àquelas com aborto espontâneo. Dois artigos de um estudo longitudinal avaliaram a saúde mental de mulheres de Recife, entrevistadas no terceiro trimestre da gestação. Na linha de base, a prevalência global de transtornos mentais comuns (TMC), aferida pelo SRQ-20, foi de 43,1%, já entre aquelas que declararam ter tentado fazer um aborto (13,7%), a ocorrência ficou em 63,6%. Nas entrevistas de seguimento, realizadas, em média, 8,1 meses após o parto, a tentativa de aborto esteve associada à depressão pós-parto, utilizando-se a Escala de Edimburgo. (Domingues *et al.*, 2020, p. 31)

Vale notar que, desses trabalhos, dois resultaram de pesquisa longitudinal, ou seja, "estudos onde existe uma sequência temporal conhecida entre uma exposição, ausência da mesma ou intervenção terapêutica, e o aparecimento da doença ou fato evolutivo" e "destinam-se a estudar um processo ao longo do tempo para investigar mudanças", como se vê em Bernardo Hochman *et alii* (2005, p. 3); o mais longo deles abrangeu um período médio de 8,1 meses, após o aborto. Também convém aduzir que Domingues *et alii* (2020), nas discussões dos resultados, apontam que "desfechos negativos em saúde mental foram verificados entre mulheres com tentativas malsucedidas de interrupção da gravidez, mesmo após ajuste para transtornos mentais prévios", e após descreverem resultados de pesquisas forâneas, anotam que, no Brasil, "é esperado que uma gestação não desejada represente um estresse psicológico e emocional ainda maior, agravado pelo estigma do aborto nos serviços de saúde" (p.34).

De todo modo, parece claro que as pesquisas brasileiras, ao menos hodiernamente, **não formam**, a respeito dos efeitos psicológicos/psíquicos do aborto na mulher brasileira que o realiza em si ou a ele se submete, quer legal, quer clandestinamente, **um conjunto de dados que possa ser verdadeiramente tratado como evidência científica** e, s.m.j., são muito restritas nesse campo, para não dizer

incipientes. Dessa forma, **não é possível afirmar**, com **razoável grau de certeza**, qual o **nível de comprometimento da saúde mental de mulheres que abortam** no Brasil. O fato é que, em níveis baixos ou elevados, graves ou não, há riscos à saúde mental dessas mulheres e, face a isso, é imperioso admitir que **o aborto ao livre-arbítrio da mulher**, inda que pudesse ser total ou parcialmente descriminalizado no Brasil, **pode provocar sequelas psicológicas/psíquicas não bem compreendidas** na atualidade, porquanto o contrário, ou seja, desprezar o fato de que, por ora, não há evidências científicas robustas sobre esse tema, implica **colocar em risco a saúde mental** e, no extremo, **a própria vida dessas mulheres**, talvez em proporção significativa.

Há de se ver, para encerrar este tópico, que os efeitos psicológicos/psíquicos negativos do aborto podem se manifestar **muito tempo depois** da sua realização. Isso porque as pesquisas antes alinhadas fazem entrever que o aborto se constitui em um **evento estressante e até traumático, em maior ou menor intensidade**, com a exceção admissível de mulheres acometidas de psicopatia grave que as tornem totalmente insensíveis ao abortamento em si. Aos possíveis e até muito prováveis estresses e traumas psicológicos provocados diretamente pela gravidez não planejada, ou que resultem de violência sexual, alia-se, ainda, a circunstância de que **o aborto é realizado diretamente no corpo da mulher**. O fato de o uso da anestesia geral ser *potencialmente fatal* (OMS, 2023b) conduz a que, no aborto cirúrgico, não deva ser uma opção recomendada a todas as mulheres, que acabam por acompanhar suas etapas de forma lúcida ou semilúcida. Ou seja, malgrado recebam sedativos para a dor (incluída anestesia parcial), as mulheres poderão perceber as sensações produzidas pelos procedimentos inerentes ao aborto cirúrgico e, porque se fazem no interior do próprio organismo da mulher, além dos sentidos do tato, olfato, visão e audição, atua o sentido da interocepção[340], de modo que ela poderá perceber sensações táteis e interoceptivas resultantes: (a) da dilatação do colo do útero pelos meios adequados em cada caso (mais *invasivos*, quanto maior a IG); (b) da curetagem

[340] "Interocepção é o canal de informação entre o corpo e o cérebro, usado para representar o que acontece dentro do nosso corpo. As sensações são onipresentes, nos acompanham diariamente e precisamos tomar consciência delas, para compreender e agir ao que se passa conosco. A interocepção é definida como o sentido que 'percebe' e age sobre as sensações internas do nosso corpo, interagindo com a cognição e emoção. O alerta interoceptivo é a habilidade de NOTAR sinais no próprio corpo e conectá-los a um significado. Ou seja, o que está acontecendo dentro do nosso corpo" (Disponível em: https://prematuros.com.br/interocepcao-o-nosso-oitavo-sentido-sensorial/. Acesso em: 8 nov. 2024; sem sublinhas no original).

do seu útero, por sucção ou por curetas rígidas, para retirada do nascituro ou, após a sua expulsão, para assegurar o completo esvaziamento uterino; (c) da injeção do fármaco utilizado para promoção de assistolia cardíaca no interior do saco amniótico, ou das tentativas de atingir o nascituro para injeção do fármaco apropriado; (d) do cessar dos batimentos cardíacos do nascituro e dos seus movimentos; (e) do desmembramento do nascituro e sua retirada por meio de fórceps, quando do emprego da D&E; *etc*. Para mais, a mulher possivelmente sentirá cheiros e ouvirá os ruídos produzidos durante o aborto, p.ex., pelos equipamentos utilizados, como os aparelhos de sucção a vácuo (mesmo com o emprego de AVM, mais silencioso que o AVE), e podem ocorrer situações em que acompanhe visualmente os procedimentos realizados, ou parte deles[341/342].

No aborto medicamentoso, igualmente, a mulher sentirá as contrações que promovem a expulsão do nascituro do seu organismo, que, dependendo da IG, poderão equivaler às de um parto normal, e, talvez com maior potencial traumático que isso, poderá observar "a expulsão do conteúdo uterino" (Brasil, 2011b, p. 35) e, inclusive, perceber "sinais transitórios de vida" que podem "ser evidentes após alguns casos de interrupção artificial da gravidez em semanas gestacionais posteriores" (OMS, 2022, não p.). Ou seja, a mulher pode identificar visualmente o nascituro que se desenvolvia no seu organismo e até nele perceber sinais de *vida transitória*, razão pela qual a norma brasileira recomenda que o assunto seja apresentado à mulher, em face dos efeitos psicológicos, talvez graves, que isso lhe pode gerar[343]. Seja, porém, qual for o método abortivo utilizado, a mulher – salvo se muito jovem[344] ou apresentar

[341] A anestesia geral, em tese, impediria a mulher de, conscientemente, perceber o que se passa ao seu redor e no interior do seu corpo, porém, não se descura que o seu encéfalo possa continuar registrando esses fatos, os quais podem aflorar futuramente, mesmo que inconscientemente, e afetar a sua saúde mental negativamente.

[342] Dos sentidos humanos – compreendidos o vestibular e a propriocepção –, percebe-se que apenas o paladar dificilmente seria acionado no aborto cirúrgico, salvo quanto a medicamentos administrados via oral, ou alguma possível interação com o olfato.

[343] Não se deslembre que, no aborto em gravidez resultante de crime de estupro – apesar de antinômico –, o profissional de saúde que atender a mulher deverá tomar todas as providências com vistas a que os restos mortais do pré-embrião/embrião/feto sejam preservados, para posterior realização de perícia para identificação do seu perfil genético, inclusive no aborto medicamentoso (tópico 4.1.8). Tais medidas, obviamente, também deverão ser informadas e explicadas à mulher e/ou seus representantes legais, esclarecendo-a(os) da necessidade de preservar tudo o que compõe o *aborto* (produto do abortamento) para a investigação criminal do crime de estupro.

[344] Se for uma menina recém-ingressa na puberdade – que pode ser muito jovem, dada a ocorrência cada vez mais acentuada de puberdade precoce (Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/informacoes/programas-projetos-e-acoes/pro-vida/dicas-de-saude/pilulas-de-saude/puberdade-precoce#. Acesso

problemas cognitivos que a impeçam de compreender o que se passa – terá ciência de que está a fazer um abortamento, ou seja, um procedimento médico que pressupõe a morte do nascituro, prévia ou concomitantemente à sua realização.

Destarte, independentemente de realmente desejado e de até proporcionar *alívio* (Bordini, 2018), o fato de ter decidido por realizar um aborto – com ou sem recordações diretas de percepções e sensações interoceptivas, olfativas, táteis, auditivas ou visuais havidas durante os procedimentos abortivos, medicamentoso ou cirúrgico – pode, consciente ou inconscientemente, **acompanhar a mulher por anos a fio e resultar em DCNT** de variada ordem, **inclusive transtornos mentais** que a podem induzir, no futuro, até ao **suicídio**. Isso reforça a **necessidade de realizar pesquisas científicas sobre eventuais *consequências tardias* do aborto provocado**, o que exige estudos longitudinais que, com métodos adequados, acompanhem mulheres que passaram por essa experiência, não apenas nos cerca de 8,1 meses após o aborto, como na pesquisa localizada por Domingues *et alii* (2020), mas por muitos anos, em diversas fases posteriores de suas vidas, com avaliações das suas condições físicas e mentais por meios apropriados à apuração da ocorrência de possíveis consequências negativas do aborto sobre sua saúde[345].

Só com pesquisas dessa natureza, utilizando critérios metodológicos adequados e que permitam revisões sistemáticas robustas e metanálises, **será possível verdadeiramente compreender a extensão das consequências negativas do aborto provocado**, nas mulheres que o realizam em si, ou a ele se submetem. Porém, se mesmo ensaios randomizados e revisões sistemáticas são raros no Brasil, mais raros ainda são os estudos longitudinais, o que, de um lado, recomenda a realização, tanto de uns quanto de outros, e, de outro, reforça a consideração de que, na atualidade, **não há evidências científicas robustas e suficientes para afirmar, ou infirmar** que o aborto provoca **poucas consequências negativas para a mulher brasileira**, particularmente em relação à sua **saúde mental**.

---

em: 8 nov. 2024) –, talvez não tenha a exata dimensão do que significa um aborto, no instante em que é realizado, mas provavelmente adquirirá esse conhecimento, com o avançar da idade.

[345] Pesquisas longitudinais sobre as *consequências tardias do aborto* pressupõem a adoção dos necessários cuidados para que as próprias pesquisas não se tornem fator de agravamento de possíveis efeitos negativos do aborto realizado, para a mulher que dela participe. Contudo, se bem-preparados, os próprios sistemas do SUS podem fornecer, anonimamente e dispensando entrevistas *etc*., dados sobre a saúde física e mental de mulheres que a ele recorrem para aborto legal – ainda que antinômico –, ou no caso de complicações de abortos inseguros, e isso por longo período, ao menos daquelas que continuarem sendo atendidas no SUS.

4.2.15 Crime de aborto do art. 124 do CP e prerrogativas da mulher por ele acusada

É impossível concordar com certos discursos que amiúde são proferidos por defensoras e defensores do aborto a propósito do crime capitulado no art. 124 do CP, que tem como agente a mulher, tanto na forma de autoaborto quanto de aborto consentido, tais como as falas que apregoam que *a mulher é punida e castigada em razão da sua condição biológica* ou *simplesmente por ser mulher*, que *a lei criminaliza a mulher porque ela não usou anticoncepcional*, que *a mulher que decide não ser mãe é reprovada moralmente*, que *criminalizar o aborto é discriminação de gênero*, que *o aborto é proibido por conta de cultura machista e patriarcal*, que *se homens engravidassem, questão do aborto já estaria resolvido há tempos*, e tantas outras semelhantes[346]. São falas que podem impressionar, mas não passam de *fios emaranhados*, desprovidos de real fundamento, ou, quando menos, **carentes de fundamentos jurídicos aptos a afastar a proteção do direito à vida do nascituro desde a concepção**.

Os discursos pró-aborto ainda aludem à questão da *temporalidade dos contextos históricos*, que marcariam as normas jurídicas. De fato, posto que normas sem prazo temporário de vigência pudessem, *in abstracto*, vigorar *para sempre*[347], há normas jurídicas assinaladas pela temporalidade: surgem em razão de um dado contexto histórico e deveriam ser revogadas pelo legislador, quando da mudança da ambiência histórica, mas, infelizmente, não raro são mantidas no ordenamento jurídico muito tempo após modificações, às vezes radicais, desse contexto. Tal é o caso, especificamente, da **conjunção histórica e social** que possibilitou a inserção, no ordenamento jurídico brasileiro, **da excludente de punibilidade do crime aborto do inciso II do art. 128 do CP**, ou seja, no caso de gravidez resultante de estupro: **um período de exceção**, em que vigia uma **constituição federal autocrática**, a de 1937, que **não garantia o direito à vida** e que **admitia a pena de morte em tempos de paz**[348].

---

[346] A última dessas falas em itálico é atribuída ao Sr. Ministro Luís Roberto Barroso (Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/299824/se-homens-engravidassem--questao-do-aborto-ja-estaria-resolvida-ha-muito-tempo--diz-barroso. Acesso em: 8 nov. 2024); as demais são extraídas do *Voto*, inclusive as referidas em outros parágrafos.

[347] LICC: "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue."

[348] Tópico 4.1.1.

Esse momento não se repetiu posteriormente, mesmo com as Constituições de 1967 e de 1969, editadas durante a ditadura militar instaurada no Brasil, de triste memória, pelos inúmeros e bárbaros crimes praticados pelo Estado nesse nefasto período da história do País. Desse modo, já a partir da Constituição Federal de 1946 se revelava a inconstitucionalidade e consequente **antinomia do inciso II do art. 128 do CP**. Com a vigente Carta Magna de 1988, que sem dúvida promoveu profundas mudanças no Direito brasileiro, essa excludente de punibilidade se mostrou **inda mais incoerente** com o sistema jurídico brasileiro, dada a proteção em caráter **absolutamente prioritário da vida da criança inclusive enquanto nascituro, a elevação a maternidade a direito social** e demais fundamentos constitucionais, assim como convencionais e legais alinhados. Por outro lado, mas por iguais fundamentos jurídicos, **a tipificação do crime de aborto** nos termos dos arts. 124 e 126 do CP **se mostra plenamente coerente com o sistema jurídico brasileiro**, de tal modo que a sua supressão do ordenamento jurídico pátrio, ou mesmo a limitação do seu alcance – como proposto na inicial da ADPF/442 – configuraria afronta à CF vigente e importaria em total incoerência sistêmica.

O que enseja a responsabilidade penal da mulher que pratica em si o aborto, ou autoriza que outrem nela o realize **não é e nem pode ser**, *de fato ou de Direito*, uma *punição ou castigo à mulher*, ou *imposição machista e patriarcal*, ou *criminalização em virtude de gênero* ou *da condição biológica da mulher*, nem nada do gênero. **O que provoca a responsabilização penal da mulher é o recurso ao aborto, quando a ele legalmente não pode recorrer**, por não incidir excludente de punibilidade – iterando que a única realmente válida e coerente no Brasil é a do inciso I do art. 128 do CP, mas, por ora, as antinômicas continuam admitidas –, quer provocando-o em si própria, quer consentindo que outrem lho provoque, **fato esse que configura a prática de aborto tipificado como crime e punível na forma do CP**. Sendo direto: o que fática e juridicamente causa a penalização da mulher **é o cometimento do crime de aborto** tipificado no CP, art. 124, quer na modalidade de autoaborto, quer na de aborto consentido[349].

No entanto, a mulher que provoca em si, ou permite que lhe provoquem aborto merece e há de receber toda a proteção que deve ser dispensada às pessoas

[349] A mulher também pode ser agente dos crimes de aborto dos arts. 125 e 126 do CP, se atuar como *aborteira*.

acusadas pelo cometimento de crimes, ou por eles condenadas, nos termos das garantias que lhes são asseguradas, em particular, pelo art. 5º da CF. Essas garantias vão muito além dos princípios constitucionais antes enfocados em relação aos acusados de crime de estupro, mas descabe, para os fins do presente estudo, enfocá-los. O que importa é frisar que **à mulher acusada de crime de aborto** devem ser assegurados **todas as garantias, prerrogativas e recursos** previstos na CF e na lei para a sua defesa, sem descurar da **prestação dos serviços médicos**, inclusive por meio do SUS, que se façam necessários para a proteção da sua saúde e da sua vida, nos casos em que advierem complicações do aborto, clandestino ou não, **sem qualquer espécie de discriminação ou preconceito**. Há que se recordar que, nessa hipótese, o médico e demais profissionais da saúde que a atenderem **não incidem na contravenção penal do art. 66, "b", da LCP, se deixarem de comunicar o fato à autoridade policial**, pois, apesar de o aborto se configurar como crime que *não depende de representação*, **a comunicação exporia a mulher a procedimento penal**[350].

É necessário, por outro lado, anotar que, no *Voto*, consta resultado de pesquisa realizada com base em dados do Painel de Estatísticas do Poder Judiciário, que mostra "baixo índice de persecução penal" (p.106) em relação ao crime de aborto a que se refere o art. 124 do CP. Ao lado disso, aduz que, ao menos no Estado do Rio de Janeiro, verifica-se "farta aplicação da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/1995)", sem "**formação da culpa, tampouco responsabilização penal**" da mulher (p.107; grifos do original), consoante relatório produzido pela Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça da

[350] Sem embargo de não estarem impedidos de fazê-lo, pois, por se tratar de crime de ação penal pública incondicionada, à comunicação do aborto não pode ser oposto sigilo profissional, como se vê da seguinte passagem da ementa do acórdão proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no HC 514617/SP: "5. Sabe-se que o sigilo profissional é norma cogente e que, em verdade, impõe o dever legal de que certas pessoas, em razão de sua qualidade e de seu ofício, não prestem depoimento e/ou declarações, em nome de interesses maiores, também preservados pelo ordenamento jurídico, como o caso do direito à intimidade (art. 154 do Código Penal e art. 207 do Código de Processo Penal). A vedação, porém, não é absoluta, eis que não há que se conceber o sigilo profissional de prática criminosa. [...] 7. Na hipótese, a princípio, a conduta do médico em informar à autoridade policial acerca da prática de fato, que até o presente momento configura crime capitulado nos delitos contra a vida [no caso, aborto a que se refere o CP, art. 124], não violou o sigilo profissional, pois amparado em causa excepcional de justa causa, motivo pela qual não se vislumbra, de pronto, ilicitude das provas presentes nos autos, como sustenta a defesa" (DJe 16.9.2019; sem sublinhas no original). De todo modo, se deve atentar que essa situação difere do aborto com base no antinômico CP, art. 128, II, em que a mulher é vítima do crime de estupro e os médicos e demais profissionais de saúde são obrigados a coletar material biológico do nascituro abortado, para posterior comparação do seu perfil genético com o do acusado pelo cometimento do crime (tópico 4.1.8).

Defensoria Pública daquele Estado. Esse relatório conclui que "a criminalização do aborto [...] não atende à função preventiva da pena, consistindo o seu cometimento em verdadeira prática enraizada na sociedade", e que "tampouco atende à função punitiva da pena" (p. 107 do *Voto*; suprimidos os grifos do original). As conclusões desse relatório, contudo, **parecem pecar por alguns motivos**, a saber:

a) o recurso às medidas previstas na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que, no que interessa mais de perto, trata dos Juizados Especiais Criminais (JECrim), prevê algumas prerrogativas asseguradas, de ordinário, a qualquer acusado que possa delas se valer, dentre as quais a suspensão condicional do processo penal, também conhecida como sursis, regulada no seu art. 89, cujos requisitos são *mais brandos* que os do art. 77 do CP, que prevê igual benefício; insere-se, por entendimento jurisprudencial, no **rol de prerrogativas** que devem ser disponibilizados **à mulher acusada do crime de aborto** previsto no art. 124 do CP[351];
b) o fato de o aborto poder até ser uma *prática enraizada na sociedade brasileira* **não lhe retira o caráter delituoso**, assim como acontece com **inúmeros outros crimes** largamente praticados no Brasil, possivelmente até muito mais *enraizados* que o aborto do art. 124 do CP e com igual ou até inferior *índice de persecução penal*, **cujos acusados podem se beneficiar das prerrogativas** previstas na referida lei, inclusive da mesma suspensão da pena;
c) partir da consideração de que, porque passível de sursis na forma do art. 89 da Lei 9.099, de 1995, a pena atribuída ao crime de aborto do art. 124 do CP *não cumpre a sua função preventiva*, forçosamente levaria a **aplicar idêntico raciocínio a todos os demais casos que dão ensejo a igual benefício**, o que, a rigor, haveria de encaminhar o legislador para a

[351] Em geral, são julgados pelo JECrim, os delitos de "menor potencial ofensivo", definidos no art. 61 da Lei nº 9.099, de 1995, como "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa". Por se tratar de crime doloso contra a vida, o aborto não é passível de julgamento por JECrim, pois sujeito à competência do tribunal do júri (CF, art. 5º, XXXVIII, "d"). Contudo, a possibilidade de aplicação do sursis a que se refere o art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, nos casos do crime do art. 124 do CP, é fruto de posicionamento jurisprudencial consolidado, como se vê, p.ex., no acórdão proferido em 1998 pela 5ª Turma do STJ, no Recurso Ordinário no HC 7379/RS (DJ, 24.8.1998, p. 91). Aduza-se que há delitos que, embora enquadrados como de *menor potencial ofensivo*, não podem ser julgados pelo JECrim, como é o caso, p.ex., dos "crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista", nos termos do art. 41 da Lei Maria da Penha.

supressão desse dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro, mediante sua **revogação**; e

d) indo um pouco além, a aplicação do sursis na forma prevista no art. 77 e ss. do CP, por motivos similares aos alinhados em (c), também mereceria ser **banida do Direito brasileiro**, ainda mais que pode ser aplicada a **delitos mais graves**, ou de **potencial ofensivo *maior*** do que aqueles julgados pelos JECrim.

Fica claro, pois, que esse tipo de argumentação não tem o condão de justificar a exclusão do crime de aborto praticado pela mulher, na forma tipificada no art. 124 do CP, do ordenamento jurídico brasileiro, nem, tampouco, os discursos vazios de conteúdo jurídico citados no início deste tópico. Fazendo um adendo, o mesmo se deve dizer em relação ao **crime de aborto previsto no art. 126 do CP** – também visado na ADPF/442 –, do qual o agente é quem provoca o aborto, mulher ou homem, com autorização da mulher grávida. Portanto, os dispositivos penais dos **arts. 124 e 126 do CP mantêm-se em completa coerência com o sistema jurídico brasileiro**, ao contrário do inciso II do art. 128 do CP, que se mostra incoerente e, pois, antinômico. Contudo, as acusadas e os acusados desses crimes ou por eles condenados **fazem jus aos direitos e garantias** que lhes são assegurados na forma da CF, compreendidos, se for o caso, os que são assegurados pela Lei nº 9.099, de 1995, não podendo haver qualquer forma de discriminação ou preconceito em relação a elas e eles.

4.2.16 Proteção da mulher contra aborto forçado e aborto inseguro, clandestino ou não

A circunstância de **o aborto clandestino/inseguro** se constituir ou não em crime não elimina o fato de que ele **põe em risco a vida da mulher**. A propósito, vale recordar a cena do antológico filme “Pixote, a lei do mais fraco”, dirigido por Hector Babenco (1981), em que o personagem título, interpretado pelo, então, ator mirim Fernando Ramos da Silva (tristemente morto pela polícia aos 19 anos de idade[352]), se depara com vestígios de aborto que a personagem Sueli, interpretada

[352] O ex-ator mirim foi morto por policiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo “num tiroteio após supostamente ter participado de mais um assalto”, o que foi contestado pela sua família (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Fernando_Ramos_da_Silva&oldid=67947547. Acesso em: 8 nov. 2024)

pela atriz Marília Pêra, acabara de fazer no banheiro do seu apartamento... É uma referência indireta – não mostra cenas do aborto em si –, mas colocada em uma sequência muito forte e que bem retrata os riscos para a saúde e a vida da mulher que recorre a essa prática. E se há algo que o Direito há de proteger **é a vida**: a vida **da mulher gestante**, porém, **sem desproteger a outra vida** que se desenvolve em seu organismo, **a do nascituro**.

De plano se há de discordar de discursos que pregam que a ausência de norma jurídica que permita o aborto ao livre-arbítrio da mulher denotaria *fragilidade de justiça social reprodutiva*, ou *normativa*, ou *institucional*, a sujeitar a mulher a *tratamentos médicos degradantes*, que implicariam *violação do seu direito à vida*. Também nesses discursos que invocam a proteção da vida da mulher em face das normas penais que punem o aborto, **não há fundamentação jurídica suficiente** para elidir, do ordenamento jurídico brasileiro, os crimes de aborto previstos nos art. 124 e 126 do CP.

Antes, porém, há que se retomar um raciocínio anterior: a norma penal, em si considerada, não proíbe, nem impõe condutas ao ser humano; em geral, apenas *pune* algumas dessas condutas, ou as *isenta de punibilidade*. Há que se reiterar que, em realidade, **nenhuma norma penal impede a ocorrência de crimes**. Oxalá impedisse! pois, daí, não haveria homicídios, feminicídios, abortos, estupros de meninas, moças, mulheres e idosas ou de meninos, rapazes, homens e idosos, estupros de vulneráveis de qualquer sexo, tráficos de pessoas, sequestros, latrocínios, roubos, estelionatos, fraudes, peculatos, corrupções ativas e passivas, prevaricações *etc*. no Brasil, tão pouco, se verificariam os aspectos deletérios do lado negativo do famoso *jeitinho brasileiro*, que, quando analisado juridicamente, se configura como prática (para não dizer *costume*) *contra legem* que implica, quando menos, algum tipo de fraude[353]. Ademais, **nenhuma norma jurídica** – nem a de natureza constitucional – goza do **poder de impedir** que a pessoa **adote a conduta por ela proibida**, ou **deixe de adotar a por ela imposta**, menos ainda quando se trata de norma que estatui faculdades ou prerrogativas, cujo exercício

[353] Não assim, porém, o *jeitinho brasileiro* no seu aspecto positivo, consistente em práticas criativas, inventivas, com finalidades benéficas e que não visam a burlar a lei. É, pois, o *jeitinho* que se perfaz *secundum* ou *præter legem* e que pode servir, quando necessário, para colmatação de lacunas da lei (LICC, art. 4º) e, principalmente o da última espécie, inclusive contribuir para o aprimoramento do Direito brasileiro.

tenha como pressuposto a manifestação voluntária do indivíduo, como, em geral, são as que regulam os serviços prestados pelo SUS a mulheres e homens, quanto a, p.ex., planejamento familiar, saúde sexual/reprodutiva, adoção de métodos de contracepção *etc*.

Certamente, **a norma jurídica tem força coercitiva**, quando emanada da autoridade competente, ou mesmo estabelecida livremente pelas partes por meio do ato jurídico lícito[354] e seu descumprimento pode dar ensejo a ação judicial visando, no caso de normas penais ou que culminam sanções negativas (administrativas, disciplinares, fiscais, trabalhistas *etc*.), à aplicação da pena ou sanção respectiva, bem como ação própria para ressarcimento de danos sofridos pela vítima. Diante disso, o recurso ao judiciário e, em particular, à ação penal para a aplicação das sanções legais cabíveis – ou seja, a **persecução penal efetiva** de acusados da prática de crimes – **pode atuar na redução da ocorrência de crimes**, servindo como desestímulo ao seu agente para a repetição da sua prática, assim como a outras pessoas, para a prática do mesmo ou outros delitos[355]. Isso vale inclusive para os crimes capitulados nos arts. 124 e 126 do CP, donde se pode inferir que a baixa persecução penal daquelas e daqueles que neles incidem, apontada no *Voto*, pode ser uma das causas da continuidade da ocorrência de abortos inseguros e consequentes complicações e riscos para a saúde e a vida das mulheres.

Pondo essa discussão à parte – que desperta polêmicas que dizem respeito a searas não jurídicas e, portanto, incabíveis de análise sob a óptica exclusiva da TGD –, há um fato inexorável: conquanto o deslinde da ação penal possa acarretar penas privativas de liberdade e outras sanções, nem mesmo **a *ameaça* de uma sentença penal condenatória** tem o ***poder* de constranger** que todas as pessoas **façam exatamente aquilo a que estavam obrigadas**, ou **deixem de fazer o que não deviam**. Tal assertiva decorre, em verdade, do princípio da liberdade assegurado na CF (art. 5º, *caput*), pois cada qual **faz ou não faz o que quer, o que deseja e almeja**... **e abusa desse direito, e descumpre obrigações, e pratica delitos**... mas, quando assim se comporta, há de se sujeitar ao **contraponto necessário** do uso indevido da

[354] Um comentário *a latere*: adota-se a noção de *ato jurídico* como um gênero que compreende o *negócio jurídico* em todas as suas formas (como o contrato, o ato constitutivo de sociedade *etc*.).
[355] Tópico 4.1.8.

garantia constitucional de liberdade: **deve suportar as consequências legais de seus atos**, impostas por meio da competente ação judicial, cível ou penal.

Nesse campo vigora, pois, o exercício do livre-arbítrio do ser humano – ou o *espaço da moral privada do indivíduo*, de que fala o *Voto* –, que é manifestação da sua liberdade de consciência protegida constitucionalmente (CF, art. 5º, VI)[356], embora do **exercício abusivo dessa e de outras liberdades** possam (e devam!) resultar **sanções negativas** – como a responsabilização penal resultante da perpetração de crime – que seu agente há de suportá-las, na forma da lei. Dessa feita, a **persecução penal** tem, certamente, o condão de **desestimular a prática de crimes**, mas, infelizmente, **não chega ao ponto de impedir** a quem quer que seja, mulher ou homem, **a adoção de condutas delituosas ao seu alvedrio**, ainda que se sujeitando às **consequências negativas** que, na forma da lei, daí devem advir (CF, art. 5º, II).

Presentes essas considerações, percebe-se que as normas penais que tipificam o crime de aborto em suas diversas modalidades **não impedem a ocorrência de autoaborto e outras práticas abortivas capituladas como crime**. Sua reiteração, motivada por insuficiente persecução penal ou não – e nada obstante *aprovada por agentes sociais*, ou baseada em um suposto *consenso social sobre os direitos da mulher sobreposto ao valor da vida humana*, como acentua o *Voto* em apoio à adoção do aborto ao livre-arbítrio da mulher –, não as transforma em uma espécie de costume *secundum legem* ou *præter legem*, pois continuam sendo **práticas *contra legem*** e não há espaço jurídico para *soluções consuetudinárias*, quando se trata de crimes contra a vida humana.

Indo além: **mesmo que fosse juridicamente possível eliminar** completamente esse tipo penal do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo o **aborto ao livre-arbítrio da mulher** – ou seja, ainda que, *ad argumentandum tantum* e ultrapassando a pretensão deduzida na ADPF/442, tivesse cabida a total revogação dos arts. 124 e 126 do CP – não seria possível obrigar a que todas as mulheres se valessem de métodos *seguros* de aborto que fossem disponibilizados por meio do SUS ou de outros serviços médicos, ou seja, **não seria medida suficiente para evitar**

[356] A questão do livre-arbítrio é objeto de debates em diversas searas e, no Direito, diz respeito especialmente à Filosofia do Direito. Esses debates, porém, não serão abordados, limitando-se o presente estudo a enquadrar o livre-arbítrio como inerente à liberdade de consciência protegida constitucionalmente.

que mulheres se submetessem a abortos inseguros. Rigorosamente falando, **a eliminação dos arts. 124 e 126 do CP não é garantia inequívoca da eliminação de abortos inseguros** e, consequentemente, de proteção da vida das mulheres contra a sua ocorrência[357].

Há um outro aspecto a ser versado: admitindo, apenas para argumentar, que fosse limitado o alcance dos arts. 124 e 126 do CP, consoante deduzido na pretensão inicial da ADPF/442, *quem garante que a mulher que optar pelo aborto não estará a ele recorrendo porque foi* ***coagida, moral e até fisicamente****, a se submeter a essa intervenção?* Uma vez que o aborto até a 12ª semana de gestação se torne *lugar comum*, não se pode desprezar o fato de a mulher grávida ser **pressionada a realizá-lo por diversas pessoas**, dentre as quais: (a) seu/sua marido/esposa, companheiro/companheira ou namorado/namorada, notadamente se, quando homem, não for o pai biológico do nascituro ou acreditar que não o é; (b) sua mãe, seu pai e outros familiares ou responsáveis; (c) superiores e colegas de trabalho; e/ou (d) amigas/amigos que lhe inculquem a ideia de que *é melhor abortar*...[358] E vale atinar que, conquanto apregoe veementemente a descriminalização do aborto ao livre-arbítrio da mulher, o próprio Comentário nº 22 ao art. 12 do Pidesc se volta contra o "aborto forçado"[359], correspondente ao crime de aborto previsto no art. 125 do CP – embora esse tipo penal seja mais amplo, pois não pressupõe coação de qualquer natureza e até a insciência da mulher pode dar azo ao crime –, e outras práticas coercitivas contra a mulher (item 59). Pois bem! *Existem mecanismos jurídicos que garantam, real e efetivamente, que a mulher possa tomar uma decisão pelo aborto com a* ***liberdade*** *e a* ***autonomia*** *tanto apregoadas nos discursos pró-aborto?* **Não, não existem!**

O *Voto* não adentra em medidas dessa natureza e acentua a imprescindibilidade de *interlocução entre os Poderes da República*, pois, de ordinário, o Poder Judiciário não pode *legislar*, mas apenas julgar[360]. Embora o STF possa, como é cediço, dizer sobre a constitucionalidade e recepção ou não constitucionalidade e não recepção de normas jurídicas pela CF, **não pode**

[357] A propósito, v. tópico 4.2.12.
[358] Por óbvio, também podem acontecer pressões contrárias (para *não* abortar) dessas mesmas pessoas.
[359] Original: "*forced abortion*".
[360] Exceção feita às decisões em mandado de injunção, a que se refere o inciso LXXI do art. 5º, disciplinado pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

extrapolar sua esfera de competência e, p.ex., estabelecer regras que se insiram na **competência normativa do Legislativo**, como seria exigido para assegurar a liberdade da mulher de, se admissível juridicamente, decidir pelo aborto ao seu livre-arbítrio, nem na **competência normativa infralegal do Executivo**, para regulamentar as leis editadas na forma da CF. Não se deslembre que além de isso ser um **ato atentatório à liberdade da mulher**, se ela for pressionada direta ou indiretamente a realizar um aborto – legal ou não – contra a sua vontade, no plano fático dele poderão resultar traumas que a marcarão pela vida, com possíveis danos futuros à sua saúde física/mental (como DCNTs e transtornos mentais), sem olvidar dos riscos inerentes ao aborto em si.

Disso resulta que, como se deduz do próprio *Voto*[361], uma eventual decisão procedente do STF na ADPF/442 **não seria *autoaplicável***, salvo, talvez, quanto aos seus reflexos na esfera penal, como, p.ex., o trancamento de ações penais para apuração dos crimes previstos nos arts. 124 e 126 do CP. Em outras palavras, não seria medida jurídica suficiente no sentido de autorizar, sem mais delongas, abortos até a 12ª semana de gestação, porquanto **não dispensaria a elaboração de leis e outras normas jurídicas** que, em especial, assegurassem a plena liberdade e autonomia da mulher (ausência de coerção), quando de uma hipotética decisão pelo aborto até a 12ª semana de gestação embasada em tal *decisum*, que se espera não venha a ser prolatado.

Mas – há, sim, um retumbante *mas* nessa questão! – a presença dos arts. 124 e 126 do CP no ordenamento jurídico brasileiro e a ameaça de condenação penal privativa de liberdade, **também não é garantia da eliminação dessa prática** que põe em risco a vida das mulheres, o que é um relevante argumento pró-aborto reiterado no *Voto*, dado que abortos clandestinos e inseguros continuam a ocorrer e mulheres podem morrer em razão deles. Não há, porém, necessidade de expandir comentários sobre esse argumento, visto que trazidos excertos e referências do *Voto* que abordam o tema, que, mais uma vez se diga, é um excelente repositório dos *consideranda* pró-aborto voluntário, já analisados, na medida deste estudo, e afastados.

O que é fundamental é perceber que **a pura e simples** criminalização, ou descriminalização do aborto **não é suficiente** para proteger a saúde e vida da mulher

[361] Tópico 4.2.1.8.

contra o **aborto inseguro**. Ainda que o aborto pudesse ser completamente liberado no Brasil, em qualquer IG, juridicamente não há como impedir que a mulher recorra a meios inseguros para realizá-lo, por qualquer motivo que seja, e importa acrescer que **mesmo o aborto *seguro* não é totalmente isento de riscos** para a sua saúde física e mental, e até para a sua vida[362].

Quais, então, os instrumentos realmente hábeis e suficientes para evitar o aborto inseguro e os consequentes riscos para a vida das mulheres que a ele se submetem? **A resposta a essa questão já foi dada**, como se viu no tópico em que se tratou da liberdade sexual e reprodutiva e do planejamento familiar[363]: **a forte atuação preventiva do Estado**, por meio de políticas sérias e efetivas de saúde e de educação sexual e reprodutiva, que compreendam informações e orientações **particularmente à mulher**, quanto à liberdade sexual/reprodutiva, ao planejamento familiar e **principalmente quanto aos meios contraceptivos disponíveis para evitar gravidezes indesejadas** e ao **agravamento do risco de engravidar** com a manutenção de relações sexuais com homens **sem a adoção de métodos contraceptivos**.

Em relação a isso e visando à proteção da vida e saúde da mulher, **descabem tergiversações** de quaisquer espécies e a **atuação estatal deve visar ao empoderamento da mulher sobre sua liberdade reprodutiva** –, compreendendo informações sobre contracepção e fornecimento de métodos contraceptivos de qualidade e adequados a cada mulher, de acordo com suas escolhas, e, quando necessária, a contracepção de emergência. E, mais importante, essas políticas **realmente devem alcançar as parcelas mais desfavorecidas da população**, em particular as **mulheres *vulneráveis entre as mais vulneráveis***, na fala do *Voto*. A propósito, essas medidas encontram eco no próprio *Voto*, embora defenda a inclusão do aborto ao livre-arbítrio da mulher no rol de medidas para evitar os riscos para a vida da mulher, com o que não se pode concordar, pois, além de tal medida não se coadunar com o sistema jurídico brasileiro, **não é suficiente para eliminar esses riscos**, como acentuado.

Veja-se que a experiência internacional também demonstra que não é a pura e simples descriminalização do aborto que protege a vida da mulher, mas a

[362] Tópico 4.2.14.
[363] Tópico 4.2.13.

ampliação, pelo Estado, **de políticas que visem ao emprego de métodos contraceptivos**. Não há por que se alongar sobre esse assunto, pois também abordado acima, quando se tratou do Direito Convencional e de orientações internacionais em face do direito à vida do nascituro[364], mas há que se frisar que, ainda que mais pesquisas a respeito sejam necessárias, as experiências de países como Romênia e Portugal, citadas no *Voto*, mostram que **não basta a descriminalização do aborto** para a redução da sua ocorrência e, consequentemente, **para a diminuição dos riscos para a saúde e a vida da mulher**, que existem inclusive no aborto dito *seguro*.

Por tudo quanto foi visto, a real medida de proteção da vida da mulher **não consiste na descriminalização do aborto, mas na promoção de políticas públicas** efetivas que visem à adoção de **métodos contraceptivos**, em alcance que compreenda principalmente as mulheres mais desfavorecidas, de forma direta, clara, sem rodeios, ou seja, que **expliquem claramente que a mulher *pode se proteger* de uma gravidez indesejada** (e, a depender do método utilizado, até de gravidez em caso de estupro) e, assim, dotar-se real e plenamente de **poder sobre sua liberdade sexual e reprodutiva**. Essa, sim, é a solução para evitar a ocorrência de abortos inseguros, não só **conforme ao sistema jurídico brasileiro**, mas que pode produzir **resultados reais e efetivos no sentido da proteção da vida da mulher**, ainda que seja necessário ter em conta que abortos clandestinos (puníveis consoante CP arts. 124 e 126), inseguros ou não, poderão continuar a ocorrer.

A par disso, não se deve deixar de lado a hipótese de o aborto poder ser necessário para salvar a vida da mulher em **sofrimento psíquico grave** que possa induzi-la a autolesões e ao suicídio. Já se aventou que a hipótese prevista no inciso I do art. 128 do CP não se restringe a sofrimentos psíquicos graves oriundos de gravidez resultante de estupro[365], mas pode abarcar **qualquer situação em que, da gravidez, resulte risco de morte para a mulher**, inclusive uma **gravidez indesejada que sobrevenha a uma relação sexual consentida**, e se vai um pouco além: essa hipótese de excludente de punibilidade tem cabida mesmo se tiver sido uma relação sexual consentida **no âmbito do casamento ou da união estável**, ou seja, se o pai for o esposo ou o companheiro da mulher. O fato de ser uma gravidez resultante de

[364] Tópicos 4.2.11 e 4.2.12.
[365] Tópico 4.1.7.

relação sexual consentida não elide, de plano, a possibilidade de a mulher entrar em **sofrimento psíquico grave** e inúmeras podem ser as razões que a ele conduzam, que vão desde a prévia existência de doença mental, conhecida ou não, ao desequilíbrio provocado por falta de apoio familiar ou de uma rede de apoio efetiva, de superveniência de situações financeiras periclitantes ou outras que afetem a sua saúde mental e equilíbrio psíquico/psicológico, como traumas provocados por acidentes consigo ou que causem a morte ou afetem drasticamente a vida de pessoas do seu relacionamento (p.ex.: marido/esposa, companheiro(a), filha(o), parente próximo *etc*.) e até situações de violência doméstica agravadas pela própria gravidez. O que importa, em qualquer caso, é ter em conta que uma **gravidez, posto que fruto de conúbio sexual consentido, também pode levar a mulher a sofrimento psíquico insofreável e colocá-la em risco de morte**.

Porém, é imperioso repisar que **o fundamento para o aborto** nessas situações jamais poderá consistir em alegações de que se trata de *uma gravidez fora de hora*, que foi um *descuido na contracepção*, que houve *falha na execução do planejamento familiar etc*. – não obstante quaisquer dessas situações possam estar na origem de sofrimento psíquico grave da mulher – **nem, muito menos, em um *mero querer* da mulher**, independente de qualquer justificativa. O fundamento jurídico legítimo será sempre o fato de a gravidez provocar sofrimento psíquico de tal monta que implique **risco verdadeiro para a continuidade da vida da mulher** e, do qual resulte que o **aborto seja a única medida capaz de suprimir esse risco**, conforme previsto na excludente de punibilidade do inciso I do art. 128 do CP.

Daí se vê que, para a conformação dessa excludente de punibilidade (com base no CP, art. 128, I), se há de certificar – talvez com maior rigor do que na hipótese de gravidez resultante de estupro – se, realmente, a gravidez indesejada afeta a saúde mental da mulher a ponto de que ela corra risco de provocar autolesões que a podem levar à morte, ou de praticar o suicídio. Isso demanda, por óbvio, **avaliação médica rigorosa**[366] e acompanhamento da mulher por **psicólogos** e/ou outros profissionais de saúde competentes para auxiliá-la. Isso também é relevante no caso de se chegar à conclusão de que, apesar de ter resultado sofrimento psíquico da gravidez, esse **não for de molde a provocar risco de morte da mulher** – ao menos naquele

[366] A propósito, relembre-se o contido na nota de rodapé nº 194.

momento –, em função do que **não se verificaria fundamento jurídico para o abortamento** e estaria afastada a incidência da descriminalizante do inciso I do art. 128 do CP, implicando que, se realizado fosse, haveria tipificação do crime de aborto, ao menos em alguma das modalidades previstas na norma penal.

Seja como for, a descriminalização do aborto nas hipóteses dos arts. 124 e 126 do CP, quando realizado até a IG de doze semanas, como quer a inicial da ADPF/442, **não seria suficiente para salvaguardar a vida e a saúde física e mental da mulher**. O aborto, nessas circunstâncias, passaria a não ser *ilegal*, mas poderia continuar sendo *inseguro* em alguns casos e, mesmo que *seguro*, poderia haver coação, ou advirem complicações e danos à saúde física da mulher diretamente do abortamento, de menor ou maior gravidade – estes mais raramente, mas não desprezíveis e jamais menosprezáveis – e à sua saúde mental. Seria, pois, uma *vitória de Pirro*, ainda mais quando se tem em conta que, salvo se disponíveis pesquisas não localizadas, não há evidências científicas robustas que possam assegurar que, em relação às mulheres brasileiras, os efeitos psíquicos/psicológicos do aborto sejam de baixo impacto e não possam redundar em futuras DCNT e/ou transtornos mentais e riscos envolvidos, como os de lesões autoprovocadas e até suicídio.

Em razão disso, reafirma-se que **a solução para a eliminação do problema de saúde pública representado pelo aborto inseguro** está no **fortalecimento das políticas visando à contracepção**, que, além disso, outorga à mulher o empoderamento pleno sobre sua liberdade sexual e reprodutiva e, quando adotados métodos adequados (como anticoncepcionais de curta ou longa duração e DIU de/com cobre), têm o condão de prevenirem gravidezes resultantes de eventual estupro[367]. E se há de reiterar: o direito à vida do nascituro deve ser protegido em caráter de absoluta prioridade sobre qualquer outro, salvo quando o aborto é necessário para salvar a vida da mulher, de modo que, das hipóteses de aborto incoerentes com o sistema jurídico brasileiro, **a mais incoerente de todas é a do aborto ao livre-arbítrio da mulher**, seja ele autorizado até a 12ª semana ou 3º mês de gestação, como quer a pretensão deduzida na ADPF/442, seja em qualquer outra IG.

[367] Verifica-se severas falhas do Estado brasileiro em relação a essas políticas, sendo imprescindível corrigi-las para a proteção efetiva, em especial, da mulher contra o aborto inseguro (tópico 5.1). Há, ainda, um outro meio de atuação do Estado para diminuir a ocorrência de abortos inseguros, embora pouco explorado e até pouco referido, mas que será abordado à frente (tópico 5.1.4).

4.3 DIREITOS DO NASCITURO COM ANENCEFALIA

Este tópico talvez devesse preceder o anterior, dada a anterioridade cronológica da ADPF/54, em relação à ADPF/442. Optou-se, porém, por inverter essa ordem, visto que ambas as ações judiciais se fundam na alegação de que o direito à vida do nascituro não tem prevalência sobre os direitos da mulher e nelas se vê argumentos similares, mas, na mais antiga, essa alegação subordina-se ao fato de *gravidezes em que se constate a anencefalia fetal*, ou seja, traz um argumento específico. Na mais recente, a conjecturada *prevalência dos direitos da mulher em relação à vida do nascituro* é o fundamento principal e independe das características deste e da possibilidade, ou não, de continuar a viver após o nascimento, sendo tratado de forma mais ampla e até com mais argumentos. Dessa forma, **o posicionamento até aqui manifestado** quanto à **ausência de supremacia jurídica de direitos da mulher em relação à vida do nascituro**, na hipótese de abortamento ao livre-arbítrio da mulher até a 12ª semana de gestação (como pretendido na inicial da ADPF/442)[368], igualmente **se aplica à hipótese de abortamento de nascituro com anencefalia**.

Resta ver se a anencefalia detectada no nascituro, que normalmente **causa sua morte ainda durante a gestação** e, se chegar a nascer com vida, **culmina com sua morte em geral nalguns minutos/horas ou poucos dias após o seu nascimento** consiste em fundamento suficiente para autorizar o abortamento mediante simples manifestação de vontade da mulher que não deseja prosseguir com a gravidez nessas condições. Pode-se adiantar que, no entendimento deste autor, **a simples manifestação de vontade da mulher não é suficiente para autorizar o aborto do nascituro com anencefalia** – e a decisão na ADPF/54 se revela incoerente e antinômica – mas o abortamento, mesmo se necessário ser precedido de assistolia cardíaca, **é juridicamente admissível, se o fato da anencefalia e suas consequências são causa de graves sofrimentos físicos ou psíquicos à mulher** a ponto de colocar sua vida em risco, configurando-se como indispensável para salvá-la[369].

[368] Tópico 4.2.
[369] Tópicos 3.8 e 4.1.7.

Delimitado o tema deste tópico, passa-se a tratá-lo. Esclarece-se, porém, que, diferentemente do procedimento adotado em relação ao *Voto* da então relatora da ADPF/442, não se fará uma análise de todos os argumentos do, *in casu*, acórdão proferido pelo STF na ADPF/54 (adiante denominado simplesmente *Acórdão*)[370] – inclusive porque a maioria deles já foi analisada – e se fixará nos seus pontos considerados mais relevantes para a questão específica objeto deste tópico.

4.3.1 A decisão proferida na ADPF/54

É amplamente sabido que, em 2012, o STF, por meio da decisão exarada por maioria de votos na ADPF/54, *descriminalizou* o aborto de nascituro com anencefalia, criando mais uma excludente de punibilidade desse crime. Essa decisão foi recebida como um marco judicial na *defesa dos direitos da mulher*, inclusive relembrada nos meses de março, em que se comemora o Dia da Mulher, como se vê da seguinte nota veiculada pelo próprio STF em 2023:

> O Plenário entendeu ser um direito da mulher interromper a gestação, em um dos julgamentos mais emblemáticos da história da Corte.
> Em abril de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a gestante tem liberdade para decidir se interrompe a gravidez caso seja constatada, por meio de laudo médico, a anencefalia do feto – condição caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana. A decisão foi tomada, por maioria de votos, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).
> A partir do entendimento firmado, o STF declarou inconstitucionais interpretações que enquadrassem a interrupção da gravidez nessas condições nos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (aposentado), que votaram pela improcedência do pedido formulado na ADPF.
> **Cárcere no próprio corpo**
> A maioria seguiu entendimento do relator da ação, ministro Marco Aurélio (aposentado), para quem é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça "em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição". Em seu voto, ele afirmou que obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação significa colocá-la em uma espécie de "cárcere privado em seu próprio corpo".
> O ministro Joaquim Barbosa e a ministra Rosa Weber também consideraram a liberdade da gestante para optar sobre o futuro de sua gestação, no caso de feto anencefálico. "Essa liberdade de escolha ocorre em função do princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III, da

[370] Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=136389880&ext=.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

> Constituição Federal", afirmou a ministra. Já para o ministro Luiz Fux, obrigar a mulher a manter a gestação seria submetê-la a uma tortura, o que também é vedado pela Constituição.
>
> **Aborto x antecipação terapêutica**
>
> Em seu voto, a ministra Carmen Lúcia enfatizou que "não há bem jurídico a ser tutelado pela norma penal que possa justificar a impossibilidade total de a mulher fazer a escolha sobre a interrupção da gravidez". O ministro Ayres Britto (aposentado) destacou que, em caso de anencefalia, as mulheres carregam no ventre "um natimorto cerebral, sem qualquer expectativa de vida extrauterina", e que obrigar a mulher a manter essa situação seria um tratamento cruel.
>
> Para o ministro Gilmar Mendes, desde a edição do Código Penal, em 1940, a sociedade brasileira convive com a descriminalização do aborto em casos de estupro e de risco à saúde da mãe. "A possibilidade de aborto de fetos anencéfalos está autorizada desde então, tendo em vista que, comprovadamente, a gestação nesses casos traz graves riscos à saúde da gestante", assinalou.
>
> O ministro Celso de Mello destacou, ao votar, que até então, em toda sua carreira jurídica, nunca tinha participado de um julgamento "de tamanha magnitude, envolvendo o alcance da vida e da morte". Ele ressaltou o que considera uma "grande diferença entre legalização do aborto e a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia".
>
> **Competência legislativa**
>
> Primeiro a divergir no sentido da improcedência do pedido, o ministro Ricardo Lewandowski observou que um tema de tamanha complexidade e relevância deveria ter o crivo do Congresso Nacional, após amplo debate com a sociedade. Segundo ele, havia propostas legislativas em tramitação, e o acolhimento da ADPF configuraria usurpação da competência privativa do Legislativo para criar outra causa de exclusão de licitude.
>
> Na mesma linha, o ministro Cezar Peluso (aposentado), presidente do STF na época, defendeu que a questão deveria ser tratada com cautela redobrada, "diante da imprecisão do conceito, das dificuldades do diagnóstico e dos dissensos em torno da matéria". Para ele, não cabe ao STF atuar como legislador positivo, e o Legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses do Código Penal que autorizam o aborto.
>
> **Audiência pública**
>
> Em setembro de 2008, a controvérsia sobre a interrupção da gravidez em caso de anencefalia foi tema de grande debate no STF, numa audiência pública que contou com a participação de 25 expositores de entidades religiosas, científicas, médicas e da sociedade civil, em quatro dias de encontro.
>
> Naquela época, o advogado que representava a CNTS, autora da ação, era Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF. Na audiência, ele defendeu que a anencefalia é letal em 100% dos casos, sendo que 50% morrem ainda durante a gravidez. Nesses casos, a interrupção deve ser tratada como antecipação terapêutica do parto, e não como aborto.
>
> **Agenda 2030**
>
> A série de matérias "O STF e os direitos das mulheres" está alinhada com o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), que visa alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. (STF, 2023; sem sublinhas no original)

Essa nota bem resume os principais argumentos do *Acórdão* que dizem respeito à situação da anencefalia em si e, por ora, bastam. Impende acrescentar que, assim como o *Voto* na ADPF/442, o *Acórdão* também contém os argumentos

encontrados em inúmeros trabalhos que se posicionam a favor do aborto de nascituros com tal anomalia e alguns que lhe são contrários, dispensando referência direta a eles[371/372].

Cabe acrescentar que, após a publicação do *Acórdão*, o MS editou o manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b), no qual trata de diversos aspectos, dentre os quais os métodos a serem empregados para interromper a gravidez e associações entre a anencefalia e riscos para a mulher. Não se tem notícia de que esse manual tenha sido substituído, de modo que se considera que é o mais atual.

4.3.2 Aborto e antecipação terapêutica do parto

Antes de prosseguir, algumas das Ministras e Ministros que participaram do julgamento da ADPF/54 optaram por utilizar a expressão *antecipação terapêutica do parto*, em vez de outras, para designar o aborto de nascituro com anencefalia. Não se descure, porém, que qualquer que seja o nome que se lhe dê, se a interrupção artificial da gravidez **não visa à preservação da vida do nascituro** configura **aborto ou abortamento**, não podendo, p.ex., ser classificada como *aborto espontâneo*, nem, tampouco, como *natimorto*, nas estatísticas de mortalidade neonatal a que se refere o citado "Guia de Referências da CID-11" (OMS, 2022).

Além disso, ***antecipação terapêutica do parto*** é uma **expressão equívoca**, pois **ambígua**, como também o são *indução terapêutica do parto*, *interrupção artificial da gravidez* e expressões similares[373]. Isso porque a noção de antecipação do parto – modalidade de interrupção artificial da gravidez – pode se destinar a **obter um parto com vida** e a salvar a vida tanto da mulher quanto do nascituro, de modo que **não pode ser assimilada a aborto ou abortamento** – que é outra modalidade de interrupção artificial da gravidez. Tal se vê, p.ex., no referido "Manual de gestação de

---

[371] Adota-se, na citação direta de trechos do *Acórdão*, os mesmos procedimentos com relação a sublinhas, **grifos** e *itálicos* empregados com relação ao *Voto* (v. nota de rodapé nº 229).
[372] Há trabalhos que analisam o próprio julgamento da ADPF/54 sob diferentes enfoques e, igualmente, expõem os argumentos de um e de outro lado, ali adotados. Muito úteis, são aqueles que não fazem *apologia* de espécie alguma e buscam manter isenção ou neutralidade diante das posições conflitantes – ainda que isso seja quase impossível no caso de polêmicas graves, como as que envolvem o aborto –, pois não induzem (ou pouco induzem) a qualquer das correntes que se digladiam e permitem que quem os leia forme sua própria convicção a respeito.
[373] Tópico 2.1.

alto risco" do MS (Brasil, 2022d), que, ao tratar da indução do parto, informa que "de forma geral, [...] está indicada quando dar continuidade à gravidez signifique risco para a mãe ou para o feto", sublinhando que, "em certas situações, o risco materno é inaceitável", mas, "em outras, o risco fetal torna-se maior que o risco neonatal" (p.679; sem sublinhas no original). Assim, antecipação terapêutica do parto tanto pode designar um ***aborto* ou *abortamento*** – ou seja, a interrupção da gravidez que não visa a preservar a vida do nascituro, notadamente quando para salvar a vida da mulher – quanto um **procedimento que objetive um nascimento com vida**, buscando-se a preservação da vida do nascituro, ainda que essa possa se extinguir pouco tempo depois.

Dessa feita, a utilização da expressão *antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico* **quanto não há a intenção de se obter um nascimento com vida**, ou outra qualquer com o mesmo sentido, **é passível de confusão** com a indução do parto para um nascimento com vida e, em verdade, se configura em um **eufemismo para *aborto de nascituro com anencefalia***, ou um *jogo de palavras* até para **evitar a caracterização do crime de aborto**, ou entrar nessa discussão jurídica. Em razão disso, entende-se **mais corretos e precisos** os termos ***aborto* ou abortamento**, sempre que a antecipação do parto **não tiver por finalidade a preservação da vida do nascituro após nascido**, seja o fato tipificado como crime, ou incida alguma excludente de punibilidade ou *descriminalizante*. Aduza-se que **o uso de expressões sem sentido dúbio é imperativo** para evitar não só uma falsa percepção da realidade, mas justo porque influenciam a feitura de normas técnicas voltadas aos serviços de saúde, principalmente para prevenir que **não seja induzida a morte do nascituro** para/durante uma antecipação *terapêutica* de parto, **quando possa ocorrer seu nascimento com vida**, posto que prematuro e **mesmo que não haja prognóstico de sobrevida longa**.

4.3.3 Vida e nascimento com vida de nascituros com anencefalia

Discute-se muito a questão da *viabilidade* do nascituro diagnosticado com anencefalia, ou melhor, de, se não morrer durante a gestação (superveniência de natimorto), **ser muito provável que ele entre em óbito em alguns minutos/horas ou poucos dias após o nascimento**. Esse é um tema talvez até mais polêmico que

os já tratados, pois, às controvérsias sobre o início da vida humana, juntam-se outras tão tormentosas quanto, como a existência de vida e de consciência no feto anencefálico e outras, que foram abordadas no *Acórdão*. Neste tópico, porém, não se retornará às questões a respeito do início da vida humana, salvo para reafirmar que, em face do sistema jurídico brasileiro, a vida humana começa com a concepção do nascituro em desenvolvimento no organismo da mulher[374] e, presentes algumas posições do *Acórdão*, para pontuar que, conquanto não se adote uma posição puramente kelseniana, o *mundo do dever ser* não pode se dissociar do *mundo dos fatos* – por mais que alguns *firmemente o desejem* –, sob pena de passar a tomar *fatos que* ***são*** *como se* ***não fossem*** e *fatos que* ***não são*** *como se* ***fossem***, e a estabelecer normas do *dever ser* ou *não ser* distorcidas e até absurdas, em face da realidade humana, individual e social.

Abre-se mais um parêntesis para mencionar que situações da espécie até podem ser encontradas em Direito, quando se trata, p.ex., de Estados que adotam sistemas jurídicos do tipo religioso ou teologal, nos quais o que vale são as normas extraídas de livros sagrados *etc*., ou fundadas na palavra de profetas e outros religiosos que detêm o poder de interpretar esses livros e/ou ditar novas normas – teoricamente com base neles –, assumindo, assim, a qualidade de normas jurídicas, ainda que possam ser flagrantemente discrepantes da realidade local (ao menos da realidade local *atual*), ou do mínimo bom-senso. Proceder similar pode ser visto em Estados que se dizem laicos, porque abraçam sistemas jurídicos fundados em ideologias não-religiosas, mas que a elas apelam fortemente e onde os detentores do poder estatal, de forma autoritária, se portam como verdadeiros *sacerdotes das ideologias* a que se aferram e, com vistas à sua defesa e manutenção, se distanciam da realidade local e impõem normas jurídicas que a afrontam e/ou a contradizem; ou seja, transformam suas ideologias não-religiosas em autênticas *religiões*, e ditam/criam *dogmas jurídicos* (legislam, interpretam, aplicam *etc*.) à semelhança dos mais fanáticos detentores do poder em alguns Estados teologais. Em um e outro caso, normas jurídicas desconectadas da realidade local, contraditórias, incoerentes e até disparatadas podem ser encontradas, especialmente quando os Estados, ou melhor, os representantes do poder estatal têm mais compromisso com as supostas *verdades*

[374] Tópico 3. Mais uma vez se diga que não se objetiva deslindar as controvérsias a respeito da existência de vida humana no embrião concebido *in vitro* e mantido em laboratório.

e *interesses* que defendem, do que com a realidade e o bem-estar do povo que a eles se submete, ou, não raro, é a elas submetido à força de normas severas, por eles próprios interpretadas ou deles emanadas, e das políticas que, em função das suas convicções religiosas ou ideológicas, impõem aos cidadãos, não raro pela violência. Repita-se, porém, que o Brasil é um estado laico, propriamente dito, no qual prevalece a ordem constitucional ditada pela CF. Dessa feita, ideias de índole religiosa e/ou ideológica não-religiosa podem até influenciar na feitura de leis e outras normas jurídicas, inclusive ECs, assim como nas decisões judiciais, quando há *lacuna legis* a ser colmatada, mas nenhuma norma do ordenamento jurídico nacional ou decisão judicial baseada em tais ideais poderá prevalecer caso se revele desconforme à CF e, se houver, deverá ser extirpada do Direito pátrio, dada sua inconstitucionalidade e incoerência sistêmica. ***Fecha-se parêntesis***.

A CF é, no Brasil, a medida da validade do ordenamento jurídico, mas não é uma medida que permita a dissociação entre o Direito e a realidade, o *mundo do dever ser* e o *mundo dos fatos*, justo porque a interpretação e aplicação mesmo da CF deve, no *mundo dos fatos*, encontrar os conceitos e definições subjacentes à regulação que seja implantada no *mundo do dever ser*, embora tenha de se ater à estrutura do sistema jurídico brasileiro, onde se encontra a regra da hierarquia das normas jurídicas, e atentar, pois, ao repertório que emana da própria CF, com suas normas de superior hierarquia formal e em essência. Pensar diferente seria admitir legislações infraconstitucionais, interpretações e aplicações da CF estapafúrdias, porque desconectadas da realidade dos fatos e/ou do sistema jurídico brasileiro nela calcado.

Tendo isso presente, asseveram Samuel S. Fernandes e colaboradores (2016) que "entre medicina e direito há ligação natural, pois ambas as áreas do conhecimento compartilham a função de zelar pela vida do ser humano. A primeira, nas dimensões psíquicas e fisiológicas, e a segunda nas dimensões sociais e humanísticas"[375], e vão além, afirmando que, quando se trata de temas controversos, como aborto e anencefalia, "há necessidade de entrelaçar conhecimentos específicos e genéricos do campo médico e jurídico na tentativa de se chegar à posição mais consciente e benéfica" (p.261; sem sublinhas no original). Acrescenta-se que, para mais da medicina, conhecimentos de outras áreas das Ciências da Saúde se devem

[375] Ou como disse, certa vez, o saudoso médico homeopata Dr. José Alinor Munhoz a este autor: "o médico cuida das doenças do corpo físico; o advogado, das do corpo social".

entrelaçar aos jurídicos, quando se trata dessa temática – abarcados estudos guiados pela TGD como o presente –, sem descurar dos conhecimentos produzidos por várias Ciências que contribuam para a interpretação/aplicação da norma, como as Sociais, dentre as quais o Direito se inclui. **Não se trata, todavia, de *submeter* o Direito a outras Ciências quaisquer**, mas de tomar *a realidade* ou *as realidades* por elas apontadas como referencial na interpretação/aplicação das normas jurídicas que visam a regular a conduta humana, **presente o arcabouço do sistema jurídico em que sejam editadas**, mesmo porque os conceitos científicos se modificam a cada passo, pelo próprio avanço do conhecimento, e, infelizmente, há muitos que se baseiam em evidências errôneas e até falsas ou falseadas[376].

Conhecer o que pensam outras ciências a respeito do abortamento de nascituro com anencefalia, em certa medida, foi propiciado pela audiência pública realizada no âmbito da ADPF/54, na qual se manifestaram, além de representantes da sociedade civil, especialistas – na maioria médicos, conforme anotado por Naara Luna (2015) –, que apresentaram seus argumentos pró ou contra essa prática. Lá se vê que inclusive entre médicos não há consenso a respeito, o que se reflete no *Acórdão*, onde, mais uma vez, teorias se debatem, agora a respeito da existência de vida no nascituro com anencefalia (Luna, 2021).

4.3.3.1 Características da anencefalia

Antes de chegar às teorias, porém, é preciso registrar sobre em que consiste a anencefalia. Trata-se de uma anomalia severa que afeta a formação do SNC e/ou do SNP, detectável a partir da 12ª semana, ou seja, na fase fetal, (Brasil, 2014b), mas seu início se dá ainda na fase embrionária do desenvolvimento humano, quando

[376] De mais a mais da modificação que naturalmente decorre do avanço do conhecimento científico, há o seriíssimo problema das pesquisas *sob encomenda*, ou daquelas flagrantemente falsas ou falseadas. Ambas, infelizmente, também ocorrem na área da saúde, as primeiras, em vista da maciça destinação de recursos a pesquisas que envolvem, principalmente, a produção de novos medicamentos pelas indústrias farmacêuticas, muitas delas estadunidenses, mas não só. Já as segundas vêm despontando na mídia nacional e internacional há alguns anos, com milhares de retratações de artigos científicos. Só em 2023, foram mais de 10.000 retratações (Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-023-03974-8) e algumas delas podem estar ligadas às primeiras, como parece indicar a recente notícia de adulteração de imagens em importante artigo sobre a Doença de Alzheimer, publicado há 18 anos e referido em mais de 2.500 outros artigos, que, além disso, embasou "o desenvolvimento de um medicamento experimental contra a enfermidade" (Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/desvios-no-labirinto-da-doenca-de-alzheimer/). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

também o coração do nascituro começa a bater[377]. É o que se vê no artigo de revisão de Myrian V. L. Alberto e colaboradores (2010) que, embora um tanto antigo[378], esclarece que:

> A anencefalia é uma malformação congênita originada de uma neurulação anormal que ocorre entre o 23º e 28º dias de gestação resultando na ausência de fusão das pregas neurais e da formação do tubo neural na região do encéfalo. Trata-se então da forma letal mais comum do Sistema Nervoso Central, onde o feto anencéfalo a termo pode ser natimorto ou viver por algumas horas ou dias. No Brasil a incidência é de cerca de 18 casos para cada 10.000 nascidos vivos, uma taxa mais de cinquenta vezes maior que a observada em países como a França, Bélgica ou Áustria. Nos Estados Unidos, por exemplo, a prevalência de anencefalia varia de 1 para cada 1.000 a 2.000 nascimentos com aumento da frequência do Oeste para o Leste. [...] [...]. Nos humanos, o sistema nervoso apresenta juntamente com o coração, uma sensibilidade mais prematura, com maior vulnerabilidade para doenças do tubo neural ocorrendo durante o período de 15 a 30 dias, visto que o [...] fechamento do tubo neural ocorre entre o 23º e 26º para o neuróporo cefálico e 26º e 30º para o neuróporo caudal. (Alberto *et al.*, 2010, p. 245; sem sublinhas no original)[379]

Suas causas estão associadas a "fatores ambientais tais como infecções e drogas" e "os principais efeitos teratogênicos incluem as radiações, os vírus, as drogas, as doenças maternas", sendo que "o efeito desses agentes depende de vários fatores" (Alberto *et al.*, 2010, p. 245). O artigo realça, porém, que "um aspecto relevante da prevenção de anencefalia é o suplemento de ácido fólico na dieta materna no período da concepção" (p.246; sem sublinhas no original), pois sua "deficiência [...] durante a gestação, principalmente antes do fechamento do tubo neural, pode ocasionar danos na formação da medula espinhal e cérebro, levando ao aparecimento da anencefalia", porquanto interfere "na síntese de DNA, RNA e metabolismo de alguns aminoácidos" (p.247)[380]. Assim, é colocado como "fator de

---

[377] Tópico 2.2.

[378] Houve alguma dificuldade para encontrar, na Internet, artigos brasileiros recentes que se referissem à anencefalia em si mesma, ou seja, que tratassem dessa anomalia do ponto de vista médico/da saúde, pois a maioria dos que retornaram nas buscas realizadas se centrava mais na polêmica que envolve a ADPF/54. Esse mesmo tipo de dificuldade, em maior ou menor grau, foi verificado em relação a outros temas e não se descarta que possa ser resultado de algoritmos gerados pelos navegadores da Internet (*browsers*) empregados. De todo modo, isso não impediu a obtenção de referências válidas para a elaboração do presente estudo.

[379] V. nota de rodapé nº 151.

[380] "O ácido fólico, também conhecido como vitamina B9, é uma vitamina solúvel em água que é essencial para o crescimento e desenvolvimento celular. Ele tem um papel importante na produção de hemácias, na síntese de DNA e na manutenção da função cognitiva. Ele é fundamental para a saúde geral do corpo, incluindo a saúde do coração, do cérebro e do sistema nervoso. [...] Em mulheres grávidas, a deficiência pode aumentar o risco de malformações congênitas, como a espinha bífida [e a

risco mais importante, a ausência de ácido fólico no metabolismo das mães gestantes", o que pode ser "ocasionado pela não absorção deste elemento pelo organismo ou até pelo alto índice de desnutrição dos países subdesenvolvidos", sendo que sua suplementação pode reduzir a incidência de anencefalia (p.247; sem sublinhas no original).

Fernandes *et alii* (2016) igualmente asseveram que "o principal fator apontado por diversos estudos como causador da anencefalia é a baixa ingestão de ácido fólico, composto fundamental na biossíntese de DNA e RNA, antes e durante a gestação" (p.262), no que é acompanhado por Leonor M. P. Santos e Michelle Z. Pereira (2007). O Brasil, a exemplo de outros países, adotou medidas com vistas à suplementação dessa vitamina mediante sua adição em farinhas de trigo e milho, e o manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b) faz referência à sua importância para prevenção do risco de anencefalia. Entretanto, Fernandes *et alii* (2016) informam que "pesquisas revelam falhas na execução dessas medidas governamentais [de suplementação de ácido fólico] e, até mesmo, ausência de redução significativa de anencefalia" (p.262; sem sublinhas no original), o que pode estar na origem do altíssimo índice de anencefalia no Brasil apontado por Alberto *et alii* (2010). Sem dúvida, há de se fazer coro a Fernandes *et alii* (2016), quando concluem que é "necessário maior alcance dos planos governamentais a respeito da fortificação de alimentos e suplementação com ácido fólico como método preventivo de anencefalia e outras anomalias congênitas" (p.265)[381].

Importa trazer, ainda, algumas características anatômicas mais específicas dos nascituros com anencefalia:

> As falhas do fechamento do tubo neural atrapalham a diferenciação do SNC e a indução dos arcos vertebrais podendo resultar em alto número de anomalias do desenvolvimento. Estas malformações geralmente envolvem as porções cranial e caudal do neuróporo e alterações no fechamento do tubo neural, rompendo regiões acima dos arcos vertebrais, fazendo com que estes permaneçam subdesenvolvidas e falhem ao fundir-se ao longo da linha medial dorsal para a formação do canal vertebral. Os mais severos defeitos no desenvolvimento do tubo neural são aqueles em que não há dobramento/fechamento neural, mas uma diferenciação, invaginação e separação na superfície do ectoderma.
> Relatos mostram que na anencefalia em humanos, o encéfalo posterior aparece como uma massa vásculo esponjosa (estroma angiomatoso) na

anencefalia], por este motivo é recomendada a sua suplementação durante a gravidez" (Disponível em: https://www.medicina.ufmg.br/observaped/acido-folico-vitamina-b9/#. Acesso em: 8 nov. 2024).

[381] Tópico 5.2.2.

> base do crânio, com ausência simétrica da calvária acima das órbitas. Quando o defeito do fechamento do tubo neural é extenso, pode estar associada a raquisquise[382]. 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; o diencéfalo e o mesencéfalo podem estar ausentes também, já a hipófise na maioria das vezes está presente, embora seja muito pequena, sendo que a causa imediata da anencefalia trata-se da falência no crescimento do telencéfalo. Outra característica marcante é o aumento desproporcional da região dos ombros.
> No entanto, apesar desta anomalia ser com frequência chamada de anencefalia (ausência do encéfalo), sempre está presente tecido neural funcionante, levando assim a nomenclatura de meroanencefalia (ausência de parte do encéfalo). [...].
> [...]. Na anencefalia, o encéfalo e o crânio são diminutos e o neonato geralmente não sobrevive, ocorrendo uma interrupção no conduto neural encefálico, sendo a causa um defeito na indução da placa precordal do mesoblasto, ou uma má receptividade da placa neural competente. Estudos acrescentam que a arquitetura geral do cérebro é alterada, sendo os hemisférios desenvolvidos por debaixo da área de invaginação telencefálica e bordas do conduto diencefálico que os recobrem, ou seja, o tecido nervoso não é recoberto por nenhuma formação óssea nem cutânea (ectoderma)
> O desenvolvimento de embriões anencéfalos comparado com embriões controle mostram que muitas partes do sistema nervoso central são limitadas, ocorrendo uma especialização evidente nos hemisférios cerebrais apresentando duas áreas abertas, sendo esta da cauda para medula superior e da vértebra torácica para a lombar. Os ventrículos laterais não se encontravam claramente limitados e conectados através do plano mediano, houve redução do plexo coroide nos pequenos espaços dos hemisférios cerebrais, o cerebelo foi representado somente pela porção superior do véu medular e os gânglios dos nervos cranianos estão presentes, mas com uma redução de tamanho (Alberto *et al.*, 2010, p. 245–246; sem sublinhas no original)

Cumpre ver que também Leilyanne de Araújo Mendes Oliveira e colaboradoras (2017) esclarecem que “ao contrário do que diz o nome, anencefalia não se caracteriza pela ausência do encéfalo, quer dizer na verdade, ausência do cérebro e do cerebelo” (p.14). No mesmo sentido, Nader Salari e colaboradores (2022) explicam que “a anencefalia é uma malformação congênita fatal caracterizada pela ausência de hemisférios do cérebro e do arco craniano” (p.2. livre trad.[383]).

[382] Ou espinha bífida (https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Espinha_b%C3%ADfida&oldid=68093286. Acesso em: 8 nov. 2024).
[383] Original: “*Anencephaly is a fatal congenital malformation characterized by the absence of hemispheres of the brain and cranial arch*”.

4.3.3.2 Existência de porções funcionais do encéfalo na anencefalia e erros de diagnóstico

Conquanto se verifique diferenças entre as características da anencefalia apontadas pelos autores citados, um aspecto muito relevante que delas se extrai é que, apesar de o sentido etimológico da palavra *anencefalia* ser *ausência de encéfalo*, a anomalia **não significa sua ausência absoluta**, como se vê na própria nota do STF (2023) transcrita acima, e **sempre haverá alguma porção do encéfalo que pode permitir a sobrevivência do RN após o parto**. Percebe-se, ainda, que pode haver diferentes graus de severidade na falha no fechamento do tubo neural e levar a uma maior ou menor presença de porções do encéfalo, o que pode explicar, p.ex., a razão pela qual alguns nascituros com anencefalia morrem durante a gestação e outros nascem com vida, alguns sobrevivendo apenas alguns instantes e outros por alguns dias ou mais, embora o tempo de sobrevida pareça estar igualmente relacionado aos cuidados que recebam ao nascer, em especial a reanimação cardiorrespiratória, podendo incluir entubação e suplementação de oxigênio (Oliveira *et al.*, 2017)[384].

Mas também **há casos em que nascituros com anencefalia sobrevivem por muito mais do que *apenas algumas horas ou dias***. Nesse sentido, é paradigmático o caso retratado no documentário brasileiro "Flores de Marcela" (2009), sobre uma menina diagnosticada com anencefalia que viveu por um ano e oito meses além do parto, malgrado que com severas dificuldades. O caso é mencionado no *Acórdão*, porém sua porção majoritária parece ter adotado o entendimento de que não se trataria de *anencefalia*, mas de *merocefalia* ou *meroanencefalia*, pois se constatou que a menina possuía *partes do encéfalo* e, portanto, teria havido erro de diagnóstico médico ao classificá-la como anencefálica (p. ex.: em p.47-48 e p.94). Contudo, em voto vencido, presentes dúvidas sobre o diagnóstico preciso de anencefalia – talvez impossível de ser obtido com a tecnologia e conhecimentos hoje disponíveis –, ficou assentado que a possibilidade de erro de diagnóstico, no mínimo, recomendaria *prudência*, frisando-se que:

[384] A pesquisa de Oliveira *et alii* (2017) aponta que "nos nascimentos em que ocorrem ações terapêuticas em unidades intensivas neonatais, os bebês morrem em uma semana após a extubação, casos contrários podem morrer [n]algumas horas ou dias" (p.18) e um "fato que intrigou as pesquisadoras foi o percentual de (25,42%) de recém-nascidos anencéfalos que não tiveram nenhum cuidado mínimo preconizado pelas condutas éticas e morais" (p.19).

> Ainda quando se conceda que, "*no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% (...), sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência*", é inegável que o estado atual da medicina não apresenta condições de **identificação precisa** da anomalia em 100% dos casos, assim como não pode nunca prognosticar o tempo de sobrevida do anencéfalo. Se é certo que, tipificada com ou sem correto diagnóstico, a anencefalia é, com maior ou menor período de sobrevida, sempre fatal, não menos o é que *nem sempre* – e isto é decisivo na causa - a medicina pode garantir que o caso seja de anencefalia. Como concluiu, com argúcia, **LENISE MARTINS GARCIA**, "*se a Marcela não foi considerada anencéfala, o problema é mais grave. Porque, se com ressonância magnética, se com tomografia de uma menina de mais de um ano, os médicos não chegam a um acordo sobre se ela é anencéfala ou não,* ***como dirão que dentro do útero, com o ultrassom, eu tenho cem por cento de certeza se a criança é anencéfala?***" (*Acórdão*, p.401-402)

Essa posição do voto divergente é, na análise deste autor, a mais correta, principalmente quanto à possibilidade de erro em diagnósticos e prognósticos médicos e quando se verifica que, apesar do nome *anencefalia* ser empregado usualmente, "**sempre está presente tecido neural funcionante**" (Alberto *et al.*, 2010, p. 246; sem grifos no original). Para mais, Oliveira *et alii* (2017) revelam que estudo realizado na Irlanda, embora tenha apurado uma média de sobrevivência de nascituros com anencefalia após o parto de 55 minutos e "a observação empírica demonstra que [em] grande parte desses casos a maioria tem óbito intraútero e os que sobrevivem ao parto, em geral, não o fazem por mais de 48 horas de vida", também apontam que "<u>há relatos de sobrevivência por meses e até anos</u>" (p.15; sem sublinhas no original). Disso resulta que **o caso de Marcela não é único** e **pode não ter sido um *erro de diagnóstico***, como concluiu a porção majoritária do *Acórdão*, mas sim de sobrevivência de nascido vivo com anencefalia por um longo período, muito além do habitualmente observado na espécie.

De todo modo, parece não haver a **real possibilidade de uma ausência *total* de tecido encefálico no nascituro**, ou seja, anencefalia propriamente dita, **mas sempre parcial**, ou de partes do encéfalo – ainda que seguramente indispensáveis para sustentar a vida por longo tempo –, de modo que os termos *merocefalia* ou *meroanencefalia* talvez fossem mais apropriados para designar a anomalia. É indene de dúvidas, contudo, que, qualquer que seja a denominação que se lhe dê, trata-se de uma **anomalia que resulta de falhas no fechamento do tubo neural e, consequentemente, na formação do SNC/SNP**. A circunstância de ser uma ausência completa e absoluta do encéfalo (anencefalia) – que parece não ocorrer de

fato – ou de partes dele (merocefalia ou meroanencefalia) aparentemente tem mais a ver com a **severidade da anomalia**, o que, s.m.j. e presente o desenvolvimento tecnológico atual, **não é passível de ser diagnosticado com absoluta certeza no ser humano enquanto no organismo da mulher**, quiçá nos meses finais da gestação, quando a configuração do encéfalo já se aproxima mais da que deverá ter ao nascer, como se vê na Figura 2, acima, e mediante exames de imagem que permitam alta resolução e precisão.

Seja isso possível ou não, na realidade parece que mais uma vez se utiliza um *jogo de palavras* que **obnubila completamente a situação real do nascituro que**, por falhas no seu desenvolvimento, **padece de seriíssima anomalia encefálica** e faz com que seja de todo desprezado o fato – apontado certeiramente no trecho do voto divergente citado – da **possibilidade de erro médico no diagnóstico do tipo ou da severidade da anomalia**, assim como da incapacidade de haver **prognóstico médico preciso** sobre o tempo de sobrevida do nascituro por ela acometido, qualquer que seja o nome que se lhe dê. Além disso, a posição majoritária do *Acórdão* faz entrever que o aborto só seria cabível em casos de nascituros com anencefalia propriamente, mas não no de nascituros com meroanencefalia/merocefalia. Contudo, a parte dispositiva do *Acórdão* não distingue essas situações com clareza, de modo que **outras *Marcelas* podem ter sido abortadas com base na decisão proferida na ADPF/54**.

Mas, nada obstante houvesse possibilidade de diagnóstico acurado, em face das considerações a respeito exaradas no voto divergente do *Acórdão* e também das lições de Alberto *et alii* (2010) e outros, **não deve existir distinção entre anencefalia e merocefalia ou meroanencefalia**; quando muito, essas denominações hão de ser utilizadas para **distinguir o grau de severidade da anomalia congênita** resultante da falha de fechamento do tubo neural e da formação do SNC/SNP, pois é disso que realmente se trata. Nesses termos, o caso documentado no filme “Flor de Marcela” e a notícia trazida por Oliveira *et alii* (2017), sobre sobrevivência de RN por anos, na Irlanda, **põe por terra todas as *afirmativas peremptórias* sobre a presumida impossibilidade de vida extrauterina do nascituro diagnosticado com anencefalia**, inclusive encontradas no *Acórdão*, como as seguintes, extraídas do seu voto condutor: “anomalia incompatível com a vida extrauterina” (p.23); “total ausência de expectativa de vida extrauterina” (p.25); “incompatibilidade da anomalia com a vida

extrauterina" (p.30); "ausência de potencialidade de vida extrauterina" (p.31); "incompatibilidade do feto com a vida extrauterina" (p.32); "ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, inexiste presunção de vida extrauterina" (p.45); "O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial" (p.48); "incompatível com a vida extrauterina" (p.49, 56 e 64); "absoluta inviabilidade de vida extrauterina"; e "não tem sequer expectativa de vida extrauterina" (p.68).

Na realidade, **nenhuma dessas expressões revela a verdade dos fatos**, pois, ainda que a sobrevida do nascituro anencefálico seja de apenas alguns minutos, horas ou dias, **é indiscutível que**, se não lhe sobrevier o óbito durante a gestação, **ele nascerá com vida**, mesmo num parto pré-termo natural ou induzido (e adquirirá personalidade jurídica). **Esse é um fato notório**, que **não é negado no *Acórdão***, nem em publicações e discursos pró-aborto[385], tampouco em artigos científicos. Pode-se debater sobre questões como *tempo de vida*, ou *qualidade de vida* de um **nascituro com anencefalia nascido vivo**, mas **não se pode recusar o fato** de que ele **pode nascer com vida e viver**, seja por alguns minutos/horas ou dias e, posto que muito excepcionalmente, até alguns meses.

A **notoriedade** da possibilidade de um nascituro com diagnóstico de anencefalia **nascer com vida**, ainda que sobreviva apenas poucos minutos ou horas, **já demonstra que ele tem vida antes de nascer**, o que atrai todas as considerações trazidas a respeito da existência de vida humana antes do nascimento. A rigor, para encerrar essa discussão bastaria sublinhar que o **nascituro com anencefalia goza da mesma proteção do direito à vida desde a concepção que qualquer outro nascituro**, o que decorre ineludivelmente do repertório do sistema jurídico brasileiro, a partir das normas constitucionais (CF, art. 5º, art. 6º, art. 227, *caput* e § 1º, I, *etc*.), que se espraiam pelas normas infraconstitucionais (CP, ECA, LRP, Lei de Alimentos gravídicos *etc*.) e é subscrito e corroborado por normas convencionais vigentes com força de lei no Brasil ao menos com natureza supralegal (CADH, PIDCP, CIDC).

[385] Ao menos se desconhece documentos que neguem a possibilidade de um nascituro diagnosticado com anencefalia nascer com vida, muito embora, em grande parte dos casos, sua morte ocorre ainda no organismo da mulher, dando-se o parto de natimorto.

4.3.3.3 Atributos humanos do nascituro com anencefalia

Contudo, a anencefalia traz outras questões que não podem deixar de ser abordadas. A partir do *Acórdão*, vê-se que as posições que negam a existência de vida humana no nascituro anencefálico o fazem por **diferentes motivos**. Dessas, destacam-se duas que podem ser tidas como principais: (a) a posição que trata o nascituro com anencefalia como alguém que sofreu morte encefálica, donde é referido como *natimorto cerebral* (*Acórdão*, p.54); e (b) a que se aproxima das teorias que negam vida ao nascituro, mesmo sem qualquer anomalia, antes da formação do SNC[386], mas defendem que, com a anencefalia, "não há o desenvolvimento das funções cerebrais superiores do sistema nervoso central: consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade", que caracterizam o ser humano (*Acórdão* p.90). Nenhuma delas, porém, se mostra suficiente para afastar a existência de vida humana no nascituro diagnosticado com anencefalia.

Começando pela segunda dessas posições, parece ser indubitável que a capacidade cognitiva do ser humano pode ser afetada pela ausência de plena formação do encéfalo, especialmente no caso de danos ao cérebro, propriamente dito, nas fases anteriores ao seu nascimento, por qualquer motivo, aí abrangidos não apenas os casos de anencefalia, mas também os de microcefalia causada, p.ex., pelo vírus Zika[387], e outras tantas que podem comprometer o desenvolvimento do SNC/SNP durante a gestação. Também podem afetar a cognição humana, intercorrências no momento do parto, como a asfixia perinatal, que ocasiona, p.ex., a paralisia cerebral[388], e doenças ou problemas posteriores,

[386] Tópico 3.1.

[387] Uma "alteração do padrão de ocorrência de microcefalia em nascidos vivos no Brasil", em 2015, levou à descoberta da "Síndrome Congênita associada à infecção pelo vírus Zika (SCZ)", que compreende um conjunto de anomalias congênitas que podem incluir alterações visuais, auditivas e neuropsicomotoras que ocorrem em indivíduos (embriões ou fetos) expostos à infecção pelo vírus Zika durante a gestação", as quais "podem variar quanto à sua severidade, sendo que quanto mais cedo a infecção ocorre na gestação, mais graves tendem a ser esses sinais e sintomas". Mais tarde, "constatou-se que os casos de microcefalia, que também cursavam com outras anomalias cerebrais e alterações neurológicas, estavam associados à infecção pelo vírus Zika no período gestacional" (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/scz). A microcefalia pode decorrer de outras causas (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/m/microcefalia). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[388] A asfixia perinatal é uma intercorrência que resulta de o bebê ficar "sem oxigenação no momento próximo ao nascimento, podendo ocorrer antes, durante ou imediatamente após o parto" e, de acordo com a OMS, "ocupa a terceira causa de morte neonatal, representando 23% dos óbitos de recém-nascidos no mundo inteiro, além de estar entre as principais causas de lesão cerebral permanente em bebês nascidos com idade gestacional de 37 a 42 semanas", estimando-se que, "no Brasil,

como a meningite meningocócica, tumores cerebrais, traumas cranioencefálicos, acidente vascular cerebral (AVC)[389] e, em fases mais avançadas da vida humana, distúrbios neurodegenerativos, como as demências[390] e inúmeras outras causas. A gravidade dos déficits cognitivos em seres humanos nascidos vivos, como é sabido, depende da área encefálica afetada e do alcance da lesão causada por doença ou trauma, podendo *variar ao infinito*, desde comprometimentos leves e quase imperceptíveis, até déficits neurológicos muito graves, que levam a pessoa a *coma não perceptivo irreversível*, popularmente designado como *estado vegetativo*. Situações da espécie podem ser encontradas em quadros clínicos de doenças neurodegenerativas não associadas direta e/ou necessariamente a déficits cognitivos, como a esclerose lateral amiotrófica (ELA)[391], que afeta mais especificamente as capacidades motoras do ser humano.

Porém, **nem em quadros neurológicos muito severos**, como microcefalia ou paralisia cerebral gravíssimas, ou estados dito *vegetativos* provocados por trauma

---

aproximadamente 20 mil crianças nasçam com falta de oxigenação no cérebro em um período de 12 meses". Consiste em "uma realidade que atinge todas as classes sociais" e, "entre as sequelas neurológicas e déficits que podem surgir como consequência desse agravo, estão a paralisia cerebral, deficiência cognitiva, cegueira e surdez". Ainda não é "possível prever determinadas situações", mas "muitos casos de asfixia perinatal podem ser evitados se houver assistência pré-natal de qualidade para a mulher e o bebê, além de uma assistência adequada ao recém-nascido na sala de parto" (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/asfixia-perinatal-e-a-terceira-causa-de-morte-neonatal-no-mundo. Acesso em: 8 nov. 2024).

[389] O AVC – designado como acidente vascular encefálico, quando atinge outras áreas do encéfalo, que não o cérebro ou apenas esse – "acontece quando vasos que levam sangue ao cérebro entopem ou se rompem, provocando a paralisia da área cerebral que ficou sem circulação sanguínea", sendo "uma doença que acomete mais os homens" e "uma das principais causas de morte, incapacitação e internações em todo o mundo". O diagnóstico rápido e o tratamento adequado aumentam "as chances de recuperação completa" (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/a/avc. Acesso em: 8 nov. 2024), mas os danos podem ser permanentes e sua extensão depende da área do encéfalo que ficou privada de oxigênio e do tempo de privação.

[390] Demência "é uma síndrome clínica caracterizada por declínio cognitivo e/ou por alterações comportamentais (neuropsiquiátricas) em relação a um nível prévio de desempenho, importantes o suficiente para interferir nas atividades de vida diária (capacidade funcional) e na independência, e que não são explicáveis por *delirium* (estado confusional agudo) ou doença psiquiátrica maior", sendo que "a doença de Alzheimer e a demência vascular são as principais formas de demência no idoso, correspondendo a cerca de 80% a 90% das causas", embora existam outras comuns em idosos, "como a Demência com Corpos de Lewy e a Demência Frontotemporal" (Disponível em: https://linhasdecuidado.saude.gov.br/portal/demencia/definicao/. Acesso em: 8 nov. 2024).

[391] ELA é definida como "uma doença que afeta o sistema nervoso de forma degenerativa e progressiva e acarreta paralisia motora irreversível", em razão da qual as pessoas por ela acometidas "sofrem paralisia gradual e morte precoce como resultado da perda de capacidades cruciais, como falar, movimentar, engolir e até mesmo respirar. O físico britânico Stephen Hawking, morto em 2018, foi um dos portadores mais conhecidos mundialmente da ELA". É tida por incurável, pois, "com o tempo, as pessoas com a doença perdem progressivamente a capacidade funcional e de cuidar de si mesmas" e "o óbito, em geral, ocorre entre três e cinco anos após o diagnóstico", mas "cerca de 25% dos pacientes sobrevivem por mais de cinco anos". (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/e/ela. Acesso em: 8 nov. 2024).

cranioencefálico extenso, AVC profundo, ou por demência ou ELA em estágios derradeiros, **se pode dizer que a pessoa**: (a) esteja absolutamente *inconsciente* e não tenha sequer *vislumbres de consciência*; (b) seja totalmente incapaz de *cognição*; (c) não tenha *vida relacional* de espécie alguma, nem que seja apenas receptiva; (d) embora incapaz de comunicar o que se lhe passa aos outros, não possa perceber, ao menos, *comunicações* que lhe sejam dirigidas; e, não menos importante, (e) traga sua *afetividade* completamente embotada e se encontre inabilitada de sentir ou receber *afeto*; e, (f) ainda que não as possa expressar, permaneça absolutamente impossibilitada de sentir *emoções*. Negar ao ser humano qualquer desses atributos, mesmo em situações limítrofes como as originadas das situações referidas, é *desumano*: é um **atentado à *dignidade da pessoa humana*** (CF, art. 1º, III), que **não é limitada àquelas ou àqueles que *não padecem de nenhuma doença, lesão ou deficiência*** – ou transtorno, ou distúrbio, ou o nome que se lhe dê – que afete o funcionamento do seu encéfalo e diminuam, às vezes drasticamente, suas capacidades cognitivas, motoras, ou quaisquer outras, mas **de igual modo se estende a quem enfrenta tais lesões, deficiências ou doenças**.

De outro lado, em verdade a ciência, hodiernamente, não consegue definir com exatidão o que é *consciência*, nem se *cérebro/encéfalo* e *consciência/mente* são a mesma coisa. Para grande parte dos cientistas, a consciência e a mente são vistas como uma *função* do cérebro/encéfalo, ou algo por este *produzido* ou *segregado*, tomando como metáfora a produção de neurotransmissores e hormônios por glândulas e outras estruturas encefálicas. Porém, **essa visão não é unívoca** e **há cientistas e profissionais da saúde que dela discordam**, como revela, p.ex., pesquisa conduzida por Alexander Moreira-Almeida e Saulo de F. Araújo (2015) sobre a opinião de psiquiatras a respeito do assunto, o que perpassa discussões apontadas por Marselle S. S. Klem de Mattos, Gabriel P. da Silva e Renato F. da Gama (2019) – em realidade, muito antigas – sobre se a mente se resume a um fenômeno biológico, ou ultrapassa as fronteiras da matéria, ou que, sem extrapolar as *fronteiras da matéria*, expandem a ideia de um *eu* ou de uma *mente fechada no crânio*, como a teoria da mente estendida exposta por Léo Peruzzo Júnior e Amanda L. Stroparo (2023).

Aprofundar o debate sobre essa questão, porém, transporia demasiadamente os lindes do presente estudo – e obrigaria a enveredar por outros campos, além do próprio Direito –, mas impende frisar que **não há consenso na comunidade científica sobre o**

que é consciência. Diante disso, não se pode afirmar que um nascituro diagnosticado com anencefalia – ou, igualmente, um ser humano de qualquer idade em *estado vegetativo* resultante das doenças, lesões e deficiências aludidas ou outras – **tem ou não consciência**, ou que seja **capaz ou não de cognição, vida relacional, perceber a comunicação e o afeto de outrem, e de sentir emoções.** Diante dessa profunda incógnita científica, pergunta-se: *Deve o intérprete/aplicador do direito optar pela hipótese que nega a existência de consciência nesses casos, desprezando a que lhe é oposta?* Para este autor, a resposta é pela negativa e – como em qualquer caso em que **não há uma posição científica unívoca**, ou seja, **um *fato* indene de controvérsias**, capaz até de informar com segurança os *rumos* do Direito e da legislação – lhe caberá valer-se do repertório do sistema jurídico em que inserido e aplicá-lo conforme as regras previstas na sua estrutura, valendo-se, em particular, dos princípios que emergem da sua norma máxima, como a CF, no Brasil[392].

Dessa feita e com os conhecimentos científicos da atualidade, a questão de o nascituro com anencefalia ter ou não consciência *etc*., na realidade, não é absolutamente relevante para definir se ele possui, ou não, direito à vida enquanto no organismo materno, visto que o fato de ter ou não consciência *etc*. não pode ser definido pela ciência atual. O que importa, *de fato e de Direito*, é que ele pode **morrer durante a gestação** (natimorto) ou **nascer com vida e sobreviver ao parto por alguns minutos/horas/dias** e, conquanto em casos raríssimos, por semanas ou meses, e, pois, **tem vida antes do nascimento**. De mais a mais, é cediço que, constatando-se que **nasceu com vida, ele adquire personalidade jurídica**, é sujeito pleno de direitos, posto que com capacidade jurídica limitada à própria condição, se lhe aplicando, no que couber e pelo tempo que couber, o disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Assim, resta afastada a posição que justifica o aborto de nascituro com anencefalia **com base em uma hipotética ausência quer de consciência e de cognição, quer de vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade**.

[392] Questões dessa natureza tocam a dicotomia entre materialismo e espiritualismo nas ciências e, também por isso, este autor expõe sua visão a respeito no Apêndice: materialismo e espiritualismo nas Ciências no séc. XXI.

4.3.3.4 Diferenças entre nascituro com anencefalia e pessoa com morte encefálica

Quanto à primeira posição acima aludida, ou seja, a que considera o nascituro com anencefalia como um *natimorto cerebral*, já se vê que não tem cabida para justificar o seu abortamento. Além de não poder dizer, com absoluta certeza, se há ou não consciência *etc*. nesse nascituro, de igual forma a ciência não pode dizer que ele está *cerebralmente morto*.

A **definição do momento exato da morte do ser humano** é, com certeza, outro **tema bastante polêmico** e a solução legislativa que invoca a chamada *morte encefálica*, nos termos da Lei nº 9.434, de 1997, visa à necessidade de fixar um momento para morte, a partir do qual podem ser retirados órgãos, tecidos e partes do corpo do doador para transplantes, ainda imprescindíveis para salvar a vida de outros seres humanos[393]. De se ver que a referida lei não *define morte encefálica* e os "critérios clínicos e tecnológicos" para sua verificação são definidos pelo CFM (art. 3º). E nem poderia, pois nenhuma norma jurídica, que opera no *mundo do dever ser*, é capaz de modificar um fato do *mundo dos fatos* – o momento da morte de um ser humano – e até normas técnicas – como são, no caso, as emanadas do CFM, as quais devem ser elaboradas a partir de evidências científicas atualizadas – não têm esse poder, nem, tampouco, de impedir erros de diagnóstico médico nessa seara.

As normas técnicas editadas pelo CFM nos termos da Lei nº 9.434, de 1997, têm uma finalidade específica: definir critérios para a constatação da ocorrência de morte encefálica, ou fixar um momento no tempo para a *morte* do ser humano, ou, melhor ainda, para permitir a retirada de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano e destiná-los para transplante – pois o corpo do ser humano que teve morte encefálica constatada é *mantido funcionando* até que o transplante ocorra. Porém, nem mesmo isso é suficiente para saber se o ser humano está **vivo ou morto**

[393] Vide, a propósito, nota do CFM intitulada "Política de transplantes levou à definição da morte encefálica", (Disponível em: https://portal.cfm.org.br/noticias/politica-de-transplantes-levou-a-definicao-da-morte-encefalica. Acesso em: 8 nov. 2024). Com os contínuos avanços das ciências e num futuro talvez não tão distante, a necessidade de transplantes haverá de diminuir e a morte de um familiar ou mesmo amiga(o) não provocará mais dilemas a respeito de desligamento de aparelhos que mantêm o corpo físico vivo, doação de seus órgãos, tecidos e outras partes do corpo, o que, ainda que seja meritório e possa até trazer algum conforto no luto, não deixa de causar sofrimento e dúvidas a quem se depara com questões dessa natureza.

realmente, porquanto **há relatos de situações de pessoas que *reviveram*, após terem atestada sua morte encefálica**, às vezes, **após longos períodos de coma**[394].

Deixando de lado controvérsias que esses casos suscitam – que também fogem ao escopo do presente estudo –, afirma-se que **um nascituro diagnosticado com anencefalia não pode ser equiparado a alguém que sofreu morte encefálica**, nem de forma metafórica. Ele não é nem pode ser considerado um *natimorto cerebral*, e isso **partindo da própria caracterização de morte encefálica**. Essa caracterização é extraída da regulamentação do CFM, que, na época da prolação do acórdão na ADPF/54, consistia na Resolução nº 1.480/1997[395], onde se lê que:

> Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.
> [...].
> Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.
> Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinhal e apneia.
> [...].
> Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:
> a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
> b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
> c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

No anexo a essa resolução, constam referências aos exames clínicos e complementares que deveriam ser efetuados para a constatação de morte encefálica, mas ainda de forma sucinta. Atualmente, a questão está regulada com mais detalhes na Resolução CFM nº 2.173/2017[396], que revogou a anterior e passou a definir "os critérios do diagnóstico de morte encefálica", não só para efeito de transplantes, mas

---

[394] Situações de pessoas que *voltaram a viver* após terem tido sua *morte encefálica confirmada* podem ser raras, mas não são tão incomuns como se pode pensar, como se vê em notícias veiculadas por periódicos nacionais, como o jornal O Globo (Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2023/07/07/apos-morte-cerebral-confirmada-homem-acorda-pouco-antes-de-aparelhos-serem-desligados.ghtml), e a revista Veja (Disponível em: https://veja.abril.com.br/saude/americano-com-morte-cerebral-acorda-apos-aparelhos-serem-desligados), inclusive sobre fatos da espécie ocorridos no Brasil, como informado pelo jornal O Estado de Minas (Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2013/01/18/interna_nacional,344269/apos-ter-morte-cerebral-constatada-mulher-responde-a-estimulos-em-sao-paulo.shtml). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[395] Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1480. Acesso em: 8 nov. 2024.

[396] Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173. Acesso em: 8 nov. 2024.

igualmente para a “suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador”, pelas suas implicações éticas[397]. Da vigente Resolução CFM 2.173/2017, se extrai que:

> Art. 1º Os procedimentos para determinação de morte encefálica (ME) devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente, e que atendam a todos os seguintes pré-requisitos:
> a) presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica;
> b) ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica;
> c) tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas. Quando a causa primária do quadro for encefalopatia hipóxico-isquêmica, esse período de tratamento e observação deverá ser de, no mínimo, 24 horas;
> d) temperatura corporal (esofagiana, vesical ou retal) superior a 35°C, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média maior ou igual a 65mmHg para adultos, ou conforme a tabela a seguir para menores de 16 anos:
> [...]
> Art. 2º É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:
> a) dois exames clínicos que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico;
> b) teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios;
> c) exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica.
> Art. 3º O exame clínico deve demonstrar de forma inequívoca a existência das seguintes condições:
> a) coma não perceptivo;
> b) ausência de reatividade supraespinhal manifestada pela ausência dos reflexos fotomotor, córneo-palpebral, oculocefálico, vestíbulo-calórico e de tosse.
> § 1º Serão realizados dois exames clínicos, cada um deles por um médico diferente, especificamente capacitado a realizar esses procedimentos para a determinação de morte encefálica.
> [...].
> § 4º Em crianças com menos de 2 (dois) anos o intervalo mínimo de tempo entre os dois exames clínicos variará conforme a faixa etária: dos sete dias completos (recém-nato a termo) até dois meses incompletos será de 24 horas; de dois a 24 meses incompletos será de doze horas. Acima de 2 (dois) anos de idade o intervalo mínimo será de 1 (uma) hora.
> Art. 4º O teste de apneia deverá ser realizado uma única vez por um dos médicos responsáveis pelo exame clínico e deverá comprovar ausência de movimentos respiratórios na presença de hipercapnia (PaCO2 superior a 55mmHg).
> Parágrafo único. Nas situações clínicas que cursam com ausência de movimentos respiratórios de causas extracranianas ou farmacológicas é vedada a realização do teste de apneia, até a reversão da situação.
> Art. 5º O exame complementar deve comprovar de forma inequívoca uma das condições:
> a) ausência de perfusão sanguínea encefálica ou

[397] O que é especificamente regulado pela Resolução nº 1.826/2007, do mesmo CFM (Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2007/1826. Acesso em: 8 nov. 2024).

> b) ausência de atividade metabólica encefálica ou
> c) ausência de atividade elétrica encefálica.
> § 1º A escolha do exame complementar levará em consideração situação clínica e disponibilidades locais.
> [...]
> Art. 7º As conclusões do exame clínico e o resultado do exame complementar deverão ser registrados pelos médicos examinadores no **Termo de Declaração de Morte Encefálica (Anexo II)** e **no prontuário do paciente ao final de cada etapa**. (grifos do original)

A análise da Resolução CFM 2.173/2017 revela que, para que possa ser emitido o Termo de Declaração de Morte Encefálica (art. 7º), devem se verificar quatro *pré-requisitos* (art. 1º), a saber: (a) tratar-se de uma *lesão encefálica de causa conhecida e irreversível* teoricamente *capaz de causar morte encefálica*; a (b) a *inexistência* de *fatores tratáveis* que deem azo a possível confusão com morte encefálica; (c) ter havido internação hospitalar *tratamento* e *observação*, pelo prazo mínimo ali exigido; e (d) *temperatura corporal*, *saturação arterial de oxigênio* e *pressão arterial sistólica/média* em certos níveis. Para mais, a resolução exige a comprobação conjunta dos seguintes eventos: (e) *coma não perceptivo*, (f) *ausência de reatividade supraespinhal* e (g) *apneia persistente* (art. 2º), sendo que, além dos exames clínicos que podem detectar as duas primeiras ocorrências (art. 3º) e ao teste de apneia, exigido para a comprovação da terceira (art. 4º), é *obrigatória* a realização de *exames complementares* que demonstrem a *ausência de, ao menos, uma das seguintes condições*: (h1) a) *perfusão sanguínea encefálica* (*grosso modo*, fluxo sanguíneo no encéfalo), ou (h2) *atividade metabólica encefálica*, ou (h3) *atividade elétrica encefálica*[398]. Note-se que esses *pré-requisitos* ou critérios técnicos para

[398] O desenvolvimento da noção de morte encefálica visou especialmente à política de transplantes (v. nota de rodapé nº 393), porém, consiste em um verdadeiro *bem para a Humanidade*, visto que, antes da possibilidade de se constatar a cessação da atividade cerebral, a verificação da morte do ser humano dava-se apenas por exame clínico que constatasse parada cardiorrespiratória irreversível. Muito embora isso seja suficiente para determinar o momento da morte na imensa maioria dos casos, pode não o ser em todos, pois há inúmeras notícias de *mortos que ressuscitam no próprio velório* e até relatos mais escabrosos, em que pessoas dadas como mortas acordam pouco antes de serem cremadas, ou depois de sepultadas. Ainda que muitas dessas notícias apareçam apenas na imprensa sensacionalista (é desnecessário trazer *links* de notícias da espécie, facilmente encontráveis na Internet), a possibilidade de erro na determinação da morte apenas pelo processo clínico é um fato. É o que Stephen Hughes (2023) denomina de *falsa morte* e informa que, mesmo que sem muita frequência, ocorre com efeitos que podem ser apavorantes, como o caso que cita, de uma adolescente grávida que, dada como morta em Honduras, foi ouvida gritando no seu próprio túmulo. Esse autor esclarece que a falsa morte pode decorrer, por vezes, de efeito de toxinas, overdose de medicamentos sedantes (como diazepam e alprazolam), hipotermia profunda e mesmo desmaios, que podem levar a resultados errôneos, pois a pessoa, embora viva, apresenta *aparência de morte* (v., a propósito, Anexo I da Resolução CFM nº 2.173/2017). Porém, em outras situações, o erro na constatação da morte pode resultar de falhas no exame clínico levado a efeito pelo médico, e as próprias "variações locais dos

determinação da ocorrência de morte encefálica são basicamente os mesmos presentes na Resolução CFM 1.480/1997, e o Anexo I da Resolução CFM nº 2.173/2017 detalha os procedimentos a serem seguidos em cada um dos exames clínicos e na sua repetição, assim como cita os principais exames complementares que podem ser executados (como angiografia cerebral, eletroencefalograma, *doppler* transcraniano e cintilografia ou SPECT cerebral), também referidos no anexo da resolução revogada.

Mesmo sem haver a necessidade de detalhar os exames clínicos e complementares que hão de ser executados para, enfim, certificar-se de morte encefálica, do que consta das resoluções do CFM citada, parece resultar evidente que, ao menos a maioria deles não é passível de ser realizada em nascituros, ou seja, em seres humanos que se encontram em desenvolvimento no organismo da mulher. Aliás, ambas as resoluções tratam apenas de seres humanos nascidos com vida e que possam ter tido morte cerebral, diferenciando os exames exigíveis e o intervalo de sua realização, para confirmação ou refutação da morte cerebral, conforme a faixa etária, sendo que a menor faixa etária nelas prevista é "sete dias" (Resolução CFM 1.480/1997, art. 5º; Resolução CFM nº 2.173/2017, art. 3º, § 4º).

O que se pode fazer, em relação ao nascituro com anencefalia, é analisar a sua situação para ver o que de comum pode ser encontrado entre ele e uma pessoa com diagnóstico de morte encefálica, para concluir se são, de fato, equiparáveis. Já se disse que **não são equiparáveis** e, talvez, **os únicos pontos comuns** existentes são que a anencefalia consiste em uma ***lesão encefálica de causa conhecida e irreversível*** e que não há ***fatores tratáveis*** **com que possa ser confundida**. No mais, parece não haver equiparação plausível.

Indubitavelmente, **a anencefalia *causará* a morte do nascituro**, o que poderá ocorrer durante a gestação (natimorto), ou, quando nascido vivo, logo no parto ou pouco depois, porém, **isso não basta para afirmar que ele tem morte encefálica**,

---

procedimentos de confirmação médica da morte podem ser a explicação" para os diagnósticos de falsa morte (não p.). Mas também se viu que há pessoas que *ressuscitam*, mesmo tendo comprovada sua morte encefálica (nota de rodapé nº 394). De todo modo, se ao critério da parada cardiorrespiratória de não-doadores puder ser somado o da morte encefálica, tornar-se-á muito mais difícil que ocorra a terrível situação de uma pessoa supostamente declarada morta ser enterrada e até cremada viva, como desafortunadamente pode ocorrer se não houver diagnóstico preciso da morte. No caso de doadores, como seu corpo tem de ser *mantido funcionando* (circulação sanguínea, respiração, alimentação *etc*.) até a retirada dos órgãos, tecidos e partes a serem transplantados, se a morte encefálica não tiver sido apurada o mais precisamente possível, a pessoa poderá ser *retalhada viva*.

enquanto se desenvolve no organismo da mulher. E isso porque **o simples fato de o nascituro com anencefalia poder nascer com vida** e, além disso, **sobreviver fora do organismo da mulher**, ainda que por pouco tempo após o nascimento – tempo esse que pode não ser tão pouco como se possa pensar[399] – **é mais que suficiente para distingui-lo de uma pessoa com morte encefálica**. Esta **já está morta** e apresentará resultados que confirmam a morte encefálica em todos os exames que devem ser realizados para sua constatação (coma não perceptivo e ausência de funções no tronco encefálico, de movimentos respiratórios e de atividade encefálica, seja quanto à perfusão sanguínea, ou à atividade metabólica, ou à atividade elétrica encefálica); **aquele, nascido vivo, morrerá** pouco depois do parto, mas, se os mesmos exames forem nele realizados antes da sua morte, muito provavelmente – para não dizer *certamente* – **os resultados de ao menos algum deles**, senão da maioria e até de todos os exames clínicos/complementares, **elidirão a morte encefálica**, sendo que **basta um apenas para descartar tal *veredicto***.

Se assim é após o parto, **também o era antes dele**, ou seja, a anencefalia não significa que o nascituro, enquanto tal, tenha morte encefálica, portanto, **não é um *natimorto cerebral***, como asseverou o *Acórdão*. Se alguma equiparação pode haver é a que pode ser feita em relação a uma pessoa de bastante idade que, em razão da senescência, seu corpo não mais suporta a vida, ela se esvai e, não raro, a pessoa morre em sua cama e até durante o sono. Da mesma forma, o corpo do nascituro com diagnóstico de anencefalia é incapaz de sustentar a vida por muito tempo e sua morte pode ocorrer em qualquer fase da sua curtíssima vida, seja no interior do organismo da mulher, seja pouco depois de nascer. Permitindo-se uma *licença poética*, vale-se de uma imagem que se aplica a ambos os casos – de uma pessoa com idade avançada *às vésperas da morte* e de um nascituro com anencefalia: a de uma *vela* que, quando está para *esgotar o combustível que a mantém acesa*, começa a *diminuir a intensidade de sua luz*, bruxuleando ou não, até se apagar completamente. Seja como for, fica patente que, diante dos requisitos necessários para apuração da morte encefálica, **não há equiparação possível entre o nascituro com diagnóstico de anencefalia e alguém com morte encefálica**.

[399] Tópico 4.3.3.3.

4.3.3.5 Possibilidade de o nascituro com anencefalia sentir dor

Essas considerações afastam as duas posições do *Acórdão* antes analisadas que recusam a existência de vida humana ao nascituro diagnosticado com anencefalia, quer por considerá-lo um *natimorto cerebral*, quer por *negar-lhe atributos humanos*, como consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Porém, há ainda um outro aspecto a ser deslindado: **a questão de o nascituro com anencefalia sentir ou não dor** e, pois, de sofrer durante o abortamento.

O tema foi abordado no *Acórdão* com respostas contrárias: (a) em voto que acompanhou a maioria, lê-se que "um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor" (p.156); e (b) em voto divergente, que a Portaria MS nº 487, de 2 de março de 2007, "reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, comprovadamente sentem dor e reagem a estímulos externos" (*Acórdão*, p. 248)[400]. A questão da dor em relação ao nascituro em geral foi tratada e não há muito a ser acrescentado, mas convém relembrar que, com 10 semanas de gestação, constata-se a presença de nociceptores e, com 18 semanas, o feto pode apresentar reações de dor e de estresse, muito embora a conexão das principais vias neuronais do SNP ao SNC só se complete na 24ª semana (RCOG, 2010)[401]. Vale realçar esse fato: de que, antes mesmo de completada a ligação entre o SNP ao SNC, ao menos quanto às suas vias neuronais mais relevantes, já há possibilidade de o nascituro apresentar sinais de dor/estresse, e um feto com anencefalia igualmente pode apresentá-los. Seja como for, **é impossível eliminar de todo a possibilidade de ele sentir dor** e tanto mais impossível será, quanto maior for a IG em que, porventura, se proceda ao abortamento. Desse modo, tudo o que se falou a respeito da crueldade do abortamento em relação ao nascituro em geral se aplica ao nascituro com diagnóstico de anencefalia.

---

[400] A Portaria MS nº 487, de 2007, dispunha que "a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível", e o descumprimento dessa determinação tipificaria "infração nos termos dos arts. 14, 16 e 17 da Lei nº 9.434, de 1997", conforme, respectivamente, seus arts. 1º e 2º (Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=202704). Essa portaria foi revogada, mas disposições de mesmo teor constam dos arts. 160 e 161 da Portaria de Consolidação GM/MS nº 4, 2017, citada.

[401] Tópico 4.1.4.

Por todos esses motivos e mais os que foram explanados em relação ao nascituro em geral, entende-se que o nascituro diagnosticado com anencefalia tem vida humana e merece toda a proteção jurídica que lhe é conferida pelo sistema jurídico brasileiro, inclusive o **direito de nascer** e mais os que lhe possam ser dispensados durante seu curto ou curtíssimo período de vida, dentro ou fora do organismo da mulher. **Não é cabível denegar** que ele possa ter **atributos humanos** e seja capaz de **sentir dor**, que, como qualquer nascituro, consiste em uma vida humana em desenvolvimento no organismo da mulher e **jamais pode ser equiparado, nem metaforicamente, a alguém com morte cerebral**.

4.3.4 Aborto quando de grave sofrimento psíquico da mulher em caso de anencefalia

Ultrapassados esses aspectos, se há de concordar com os votos majoritários do *Acórdão* na medida em que se posicionam por **preservar a vida da mulher**, quando ela, em virtude da gravidez de nascituro anencefálico, corre **risco de morte**, porém, **apenas nessa exata medida**, e quase nada mais do que defende a porção majoritária do *decisum*. Afora isso, a posição deste autor se alinha mais à manifestada nos votos vencidos dos Srs. Ministros Ricardo Lewandowski e Cézar Peluso (ambos aposentados), ainda que com algumas ressalvas[402].

Foi visto que o aborto é juridicamente admissível no caso de risco de morte da mulher – CP, art. 128, I – mesmo em decorrência de causas psíquicas/psicológicas que lhe causem **grave sofrimento psíquico**, provocando **risco de suicídio, ou de lesões autoprovocadas** que a possam levar à morte, e **não haja outro meio de evitar esses riscos**, de modo que é desnecessário retomar esse tema[403]. As ideias que se referem a *cárcere privado no próprio corpo*, *tortura* e *tratamento cruel*, trazidas na nota veiculada pelo STF, e frases encontradas no *Acórdão*, como *"um pequeno caixão branco* [...] *era o símbolo de um ritual tão triste quanto severo para com a mulher que, em verdade, jamais conseguiria ser mãe do filho que gestava*" (p. 155) ou "*quando o berço se transforma num pequeno esquife, a vida se entorta*" (p. 173),

[402] Não se julga necessário especificar as prefaladas ressalvas, pois isso nada acrescentaria ao presente estudo e quem quer que o compare com os votos vencidos poderá facilmente percebê-las e delas ajuizar.
[403] Tópico 4.1.7.

denotam claramente o sofrimento pelo qual pode passar a mulher na gestação de um nascituro anencefálico, muito embora as duas últimas se apliquem, talvez com mais propriedade, às **dolorosas situações de morte do nascituro durante a gravidez**, qualquer que seja a causa, às quais se segue o parto de um natimorto[404].

Outrossim, Oliveira *et alii* (2017) informam que, conquanto a anencefalia possa ser detectada a partir da IG de 12 semanas[405], em geral "o diagnóstico [...] é realizado tardiamente, entre as 18ª e 24ª semanas de gestação, fase em que as mulheres já vivenciam o papel social de grávidas, não importando se a gestação foi inicialmente desejada ou não" (p.14). Por aí se vê que o sofrimento psíquico resultante da descoberta de que o nascituro sofre de anencefalia pode ser muito grave, sendo expresso em passagens do *Acórdão* que evidenciam essa realidade, como as que tocam em "depressão profunda, com prejuízos à saúde mental e ao próprio desenvolvimento" da mulher (p.65), ou em "forte impacto sobre a saúde mental das mulheres, com estresse psíquico, angústia, culpa, pensamentos suicidas e fixação na imagem fetal" (p.286). Tais situações podem, de fato, ensejar situações que exponham a mulher a risco de morte e, portanto, autorizativas do aborto necessário (CP, art. 128, I). Entretanto, é importante pontuar que não basta que haja um sofrimento psíquico *qualquer*, que pode ocorrer inclusive em gravidezes de nascituro sem qualquer anomalia detectável, até quando desejadas (como episódios de depressão, ou de ansiedade em que a mulher encontra recursos para superá-los em si mesma, ou junto a pessoas de sua confiança, ou em terapias adequadas). É preciso que esse sofrimento seja **grave a ponto de implicar risco para a vida da mulher** e que, para evitar esse risco, **não haja outra solução além de promover o aborto**, ou seja, um nascimento sem vida, nem que essa vida esteja fadada a durar por alguns minutos apenas.

O diversas vezes citado item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, que, em verdade, não se presta para abonar o aborto ao livre-arbítrio da mulher – ao menos não no Brasil – também é utilizado para justificar o abortamento de nascituro diagnosticado com anencefalia, na medida em que menciona a situação de nascituro

[404] Um relato pessoal: este autor acompanhou um casal de amigos em uma dolorosa situação dessas, buscando, no hospital, prestar o apoio possível ao inconsolável pai, enquanto a mãe, também inconsolável, se encontrava sob os cuidados da equipe médica durante o parto, assim como no breve velório e enterro do pequenino corpo do bebê que falecera no ventre materno, e pode afirmar que a dor sentida naquele momento era imensa, mesmo por ele, *apenas um amigo* do casal.
[405] Tópico 4.3.3.1.

que “não seja viável”. Porém, não tem serventia para essa finalidade, pois dele não se pode chegar à conclusão de que recomendaria aos Estados Partes adotarem norma permissiva do aborto de nascituros anencefálicos ou, de modo geral, *inviáveis*, **pelo simples fato da anencefalia ou da *inviabilidade***, de igual modo que não tem o condão de *legitimar* o aborto diretamente a partir do fato do estupro[406]. O item 8 em questão já foi trazido mais de uma vez, mas importa citar o trecho específico em que trata da *inviabilidade* do nascituro:

> [...] Os Estados Partes deverão proporcionar um acesso seguro, legal e eficaz ao aborto sempre que esteja em risco a vida e saúde da mulher ou jovem grávida, ou nos casos em que levar a gravidez até ao seu termo comporte dor ou sofrimento substancial para a mulher ou jovem grávida, nomeadamente quando a gravidez resulte de violação ou incesto ou não seja viável. [...]. (sem sublinhas no original)

Percebe-se claramente que (a) o nascituro *não ser viável* ou (b) a *gravidez resultar de violação* (estupro) ou *incesto*[407] são, em verdade, simples **exemplos de fatos** (pode haver e certamente há outros) que podem gerar ***dor ou sofrimento substancial***, na dicção do comentário, **para a mulher gestante que a coloque em risco de morte**, dado que, em razão do desequilíbrio em que se encontre, causado por esses e outros fatores, pode não só tentar ou cometer suicídio, como se impor lesões graves que lhe podem gerar a morte, inclusive na tentativa de abortar. Da leitura atenta desse trecho, pois, fica patente que, para os comentaristas do Comitê de Direitos Humanos da ONU, **o que autoriza o aborto de nascituro *não viável*** não é puramente a sua *inviabilidade*, mas **a *dor ou sofrimento substancial* experimentado pela mulher** diante da gestação de um nascituro que, com quase 100% de certeza, não viverá muito tempo após o nascimento e poderá morrer antes disso.

Esse Comentário Geral, portanto, **corrobora** a conclusão de que **não é o** simples fato de o **nascituro *não ser viável*** que é capaz de **legitimar juridicamente o aborto**, mas o **sofrimento psíquico grave da mulher**, aquele que pode causar-lhe a **morte**, seja levando-a a tirar a própria vida, ou a se infligir lesões que podem ter consequências mortais, donde possível a aplicação da excludente de punibilidade do

---

406 Tópico 4.2.11.

407 Apenas para que não haja mal-entendidos, o incesto não é causa própria de excludente de punibilidade do crime de aborto no Brasil, mas o grave sofrimento psíquico da mulher oriundo de gravidez resultante de relações sexuais incestuosas pode o ser, nos termos do CP, art. 128, I, aplicando-se-lhe as mesmas considerações tecidas a respeito (Tópico 4.1.7).

inciso I do art. 128 do CP. E se há de reforçar: **a opção pelo aborto**, mesmo nesses casos, **há de ser a derradeira, jamais a primeira!**

4.3.5 Riscos para a vida da mulher na gravidez de nascituro com anencefalia

Se o sofrimento psíquico grave que põe em risco a vida da mulher gestante de nascituro com anencefalia constitui razão jurídica suficiente para atrair a excludente de punibilidade do abortamento, quando não há meios de evitá-lo, nos termos do inciso I do art. 128 do CP, **com mais razão ainda o será se gravidez dessa natureza colocar sua vida em risco por causas orgânicas ou físicas**. Há que se reafirmar sempre: o aborto é autorizado pela legislação brasileira se não há outra medida para salvar a vida da mulher, **seja a causa do risco de morte** um **problema orgânico/físico**, seja o **sofrimento psíquico grave que leva a esse risco**, e acrescente-se: quer se trate de uma gravidez *normal*, ou *indesejada*, ou resultante de *estupro*, ou de *nascituro com anencefalia*, ou *qualquer outra espécie de gravidez* que seja. Não é o *tipo* de gravidez que atrai essa excludente de punibilidade, mas **o risco que ela importa para a continuidade da vida da mulher**.

Vai nessa linha, a afirmação contida na antes trazida nota divulgada pelo STF (2023) sobre a ADPF/54, no sentido de que "desde a edição do Código Penal, em 1940, a sociedade brasileira convive com a descriminalização do aborto em casos [...] de risco à saúde da mãe" (ou melhor, "*vida* da mãe"), mas **parece excessiva a afirmativa de que** "a possibilidade de aborto de fetos anencéfalos está autorizada desde então, tendo em vista que, comprovadamente, a gestação nesses casos traz graves riscos à saúde da gestante" (sem sublinhas no original). O Sr. Ministro Gilmar Mendes, ao qual é atribuída a frase acima, se pronunciou, no seu voto, dizendo que "o risco da gravidez de um feto anencéfalo é maior do que o de um feto viável" e que as complicações mais frequentes são "variação do líquido amniótico; hipertensão; diabetes; parto prematuro; gravidez prolongada; deslocamento placentário; óbito intrauterino; necessidade de transfusão de sangue por não contração do útero após o parto; e histerectomia" (p.286).

É induvidoso que há riscos para a saúde da mulher durante a gravidez de nascituro diagnosticado com anencefalia, mas talvez tais riscos **não sejam *comprovadamente graves* em todas** as gravidezes nessa condição, **nem *mais***

***graves* do que em muitas outras** que podem afetar a saúde da mulher durante uma gravidez, sem comprometer sua vida. A esse respeito, médico especialista em ginecologia, obstetrícia e medicina do trabalho, na sua fala durante audiência pública realizada no âmbito da ADPF/54, explicou que a gravidez de nascituro com anencefalia "não causa maior perigo à mãe do que uma gestação gemelar" (*Acórdão*, p.27). E o mesmo Sr. Ministro Gilmar Mendes, pouco à frente da citação acima, alinhou que "no aborto dos fetos anencéfalos, há o comprometimento da saúde física da gestante, porém este não é tão grave quanto no aborto necessário" (p.294), o que confirma que a gestação de nascituros com anencefalia, **em geral, não importa risco para a vida da mulher a ponto de atrair a excludente do CP, art. 128, I**.

Vale explorar um pouco mais o assunto e, a propósito de complicações para a mulher decorrentes da gestação de nascituros com anencefalia, o manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" do MS (Brasil, 2014b) explana:

> A literatura científica demonstra a associação entre anencefalia fetal e maior frequência de complicações maternas, como hipertensão arterial, gravidez prolongada, apresentação pélvica ou de face, distocia bisacromial, rotura prematura de membranas, retenção placentária, atonia uterina e aumento do volume de líquido amniótico (poli-hidrâmnio), trazendo danos físicos à saúde da mulher.
> O poli-hidrâmnio é a condição obstétrica mais frequentemente observada nas gestações de fetos anencéfalos, ocorrendo em 30% a 50% dos casos, o que representa probabilidade mais que 100 vezes superior à observada na população em geral.
> A ocorrência de poli-hidrâmnio eleva o risco de complicações na gestação, favorecendo o surgimento de alterações respiratórias, hemorragias vultuosas por descolamento prematuro da placenta, hemorragias no pós-parto por atonia uterina e embolia de líquido amniótico (grave alteração que cursa com insuficiência respiratória aguda e alteração na coagulação sanguínea). Portanto, a manutenção da gestação eleva o risco de morbimortalidade materna.
> [...]
> Em 2008, o Comitê Especial para Discussão dos Aspectos Éticos Relativos à Reprodução Humana e à Saúde da Mulher, instituído pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (Figo), concluiu que "o parto de um feto portador de severas malformações pode acarretar prejuízos físicos e mentais à mulher e à família". (Brasil, 2014b, p. 18–19)

As complicações citadas nesse manual, como também as referidas no trecho do *Acórdão* acima trazido, podem acontecer não apenas em gravidez de nascituro diagnosticado com anencefalia, mas em outras gravidezes, com maior ou menor frequência. Algumas delas são conhecidas do público em geral, como no caso de *hipertensão arterial* gestacional, *diabetes* gestacional e *gravidez prolongada*, ou seu

significado pode ser facilmente apreendido, como em *rotura* ou ruptura *prematura de membranas* (com vazamento de líquido amniótico e que pode levar a um parto pré-termo), *retenção placentária* (ausência de eliminação da placenta após o parto) e *histerectomia* (remoção total ou parcial do útero). Importa, porém, esclarecer alguns dos termos técnicos empregados nessa norma que podem ser desconhecidos de leitoras e leitores que não fazem parte do público ao qual é dirigida, além do *poli-hidrâmnio* ou *polidrâmnio*, ali conceituado:

a) *apresentação pélvica* ou *apresentação de face* são espécies de *distocia*, que pode ser conceituada como "como qualquer perturbação no bom andamento do parto em que estejam implicadas alterações em um dos três fatores fundamentais que participam do parto: Força motriz ou contratilidade uterina – caracteriza a distocia funcional; Objeto – caracteriza a distocia fetal; Trajeto (bacia e partes moles) – caracteriza a distocia do trajeto"; dependendo da posição do feto, podem ser realizadas manobras que permitem o parto vaginal, mas o parto cesáreo pode ser inevitável (Febrasgo, 2017, não p.);
b) *distocia bisacromial* ou *biacromial*, espécie de distocia consistente em "complicação grave que pode ocorrer no trabalho de parto, quando a apresentação é cefálica e, após o desprendimento do polo cefálico [cabeça], os ombros não se soltam e não há outros fatores que impeçam seu desprendimento"; "pode causar graves consequências à parturiente – como lacerações, atonia uterina, rotura uterina ou disjunção da sínfise púbica", mas mais graves podem ser as consequências ao feto, tais como "lesões de plexo braquial, fratura de clavícula ou úmero, podendo evoluir para óbito intraparto ou neonatal", e é associada "frequentemente à obesidade materna, ao pós-datismo e à diabetes gestacional" (Febrasgo, 2017, não p.); e
c) *atonia uterina* "é a perda de tônus (firmeza)" do útero que ocorre "com maior frequência em casos de gravidez de gêmeos ou em mulheres que possuem idade inferior a 20 anos ou superior a 40 anos, ou que se encontram acima do peso normal" sendo também associada a outras causas, como "alterações uterinas, como presença de miomas e útero

> bicorno, tratamento da pré-eclâmpsia ou eclâmpsia com sulfato de magnésio e parto prolongado" (AbcMed, 2020, não p.).

A respeito do polidrâmnio – que, da leitura do trecho transcrito do manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b), aparentemente sujeita a mulher a maiores riscos –, trabalho realizado por Adriana G. Garrido e colaboradores (2018) descortina que, em cerca de 40% dos casos, podem ser identificadas causas maternas, placentárias, ou fetais (os 60% restantes "são de natureza idiopática"), sendo que, dentre as últimas, se encontram as "malformações (cardiopatias congênitas, alterações de SNC, alterações gastrointestinais, alterações torácicas, alterações renais, alterações esqueléticas, alterações neuromusculares, alterações cromossômicas), que ocorrem em cerca de 30% dos casos" e podem evoluir rapidamente para a forma mais severa de polidrâmnio, podendo ainda ser relacionadas como causas fetais as "infecções (parvovírus, CMV, toxoplasma, sífilis), além de tumores fetais" (p.7-8). Tais informações denotam que a anencefalia (*alterações de SNC*) é apenas uma dentre as inúmeras causas que podem ocasionar o aumento do volume do líquido amniótico e que podem ser atribuídas às condições do nascituro (outras decorrem de causas maternas e placentárias, ou não são conhecidas). Demais disso, Garrido *et alii* (2018) esclarecem que há tratamentos disponíveis para o polidrâmnio (drenagem do líquido amniótico excessivo ou amniodrenagem, e medicamentoso), cujo objetivo é "diminuir a sintomatologia materna e a ameaça de parto prematuro" (p.10).

Por outro lado, pesquisa realizada no Chile por Manuel Sedano L. e colaboradores (2008), mesmo considerando que, em mais de 35 mil partos, apenas quatorze foram de nascituros com anencefalia, se extrai que:

> [...]. *Con relación a las complicaciones maternas, si se considera complicación para la embarazada la cesárea, ésta se utilizó en 50% de los casos y en uno se debió realizar histerectomía por presentar inercia uterina en el parto. Con relación a la edad de gestación al parto 7 llegaron a término, 5 se resolvieron entre las 33 y 37 semanas y sólo 2 antes de las 30 semanas (26 y 27 semanas, respectivamente), evolución no diferente a la observada en casos de gemelares discordantes con uno anencéfalo en que la evolución espontánea se favorece en función del feto no afectado*. (Sedano *et al*., 2008, p. 791; sem sublinhas no original)

O artigo de Oliveira *et alii* (2017), por sua vez, aponta que "em um estudo realizado com 303 casos de bebês diagnosticados com anencefalia, [em] quase todos

os casos o parto vaginal foi possível sem problemas", e "as gestantes não notaram nenhuma diferença subjetiva quanto à duração e intensidade do trabalho de parto", sendo que, das que "escolheram um parto vaginal, 42% tiveram um parto espontâneo sem nenhuma intervenção"; na pesquisa que elas próprias realizaram, com dados coletados em 2016/2017, em uma maternidade pública de Teresina (PI), houve "52,5% de partos cesarianos devido aos seguintes fatores de risco: polidrâmnio, síndromes hipertensivas, falha de indução do trabalho de parto com uso de misoprostol e ocitocina" (p.18; suprimidos parênteses que, no original, envolvem os percentuais). Esse percentual se aproxima daquele informado por Sedano L. *et alii* (2008), mas não é distribuído pelos fatores de risco, não sendo possível aferir a contribuição de cada qual para a eleição da cesárea, os quais, de todo modo, não são *exclusivos* de uma gestação de nascituro com anencefalia.

Diante desses e de outros trabalhos da espécie, tem-se a impressão de que, nos trabalhos pró-aborto, há uma *supervalorização dos riscos para a saúde da mulher* que podem resultar de uma gravidez de nascituro com anencefalia, visto que, aparentemente, os riscos apontados podem ocorrer em outras gravidezes – apresente, o nascituro, anomalia ou não – e o comprometimento para a saúde da mulher "não é tão grave quanto no aborto necessário", como afirmou o Sr. Ministro Gilmar Mendes, no segundo trecho do seu voto acima trazido. Seja como for, evidentemente a gravidez de nascituro com anencefalia envolve riscos para a saúde da mulher e **até para sua vida**, o que **jamais pode ser falseado** em nenhum debate a respeito do aborto, qualquer que seja o motivo invocado para sua realização.

É por isso que mais uma vez se itera que **havendo risco à vida da mulher** – não restrito a causas orgânicas, mas compreendendo aqueles que possam advir de sofrimento psíquico grave – **e não havendo outra solução para evitá-lo, o abortamento não tipifica crime**, dada a excludente de punibilidade do art. 128, I, do CP. Porém, no entendimento deste autor – também encampado no trecho do item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP trazido à colação neste tópico –, **o simples diagnóstico de anencefalia do nascituro não é suficiente para autorizar o aborto**, assim como não o é o simples fato de a gravidez ter resultado de estupro, nem, muito menos, uma mera decisão da mulher ao seu livre-arbítrio. Presente todo o arcabouço do sistema jurídico brasileiro, **o aborto**, ou seja, a interrupção da gravidez sem intuito de preservar a vida do **nascituro com anencefalia**, só se faz **legítimo**,

quando é o **único meio** existente para **garantir o direito à vida da mulher**, que, nesse caso – e somente nesse – **se sobrepõe ao direito à vida do nascituro**, qualquer que seja a sua condição, inclusive a anencefalia.

4.3.6 Indução para nascimento com vida, em vez de aborto de nascituro com anencefalia

Para encerrar este tópico, convém listar os métodos de abortamento previstos no manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b), a saber:

a) "entre 13 e 26 semanas" – "a interrupção medicamentosa da gravidez com misoprostol é o método de eleição", pois "a aspiração intrauterina e a curetagem não são recomendadas para a interrupção de gestações com mais de 12 semanas" e "métodos cirúrgicos maiores, como laparotomia, devem ser reservados para situações excepcionais"; o misoprostol induz a "a contratilidade uterina" e não é recomendado seu uso conjunto com a ocitocina, mas, com a utilização das doses recomendadas, "a eficácia do esvaziamento uterino com misoprostol é de cerca de 90%, muitas vezes com a expulsão completa do conteúdo uterino, sem necessidade de procedimentos complementares de esvaziamento" (curetagem ou aspiração); caso não ocorra "a expulsão fetal", deve ser realizada "pausa de 24 horas [...], seguida de reinício do tratamento" (p.24-25; sublinhas do original);
b) "após a 26ª semana" – o "método para interrupção da gravidez de terceiro trimestre inclui o misoprostol e a ocitocina" para induzir o parto, o que "é um aspecto comum na prática obstétrica, com frequência de quase 15% do total de procedimentos"; esse procedimento "apresenta maior dificuldade quando o colo uterino é desfavorável, [...], resultando em maior possibilidade de falha"; uma vez "iniciada a administração do misoprostol, a mulher deve ser clinicamente acompanhada de forma sistemática pelo médico e pela enfermeira obstétrica" e "as contrações uterinas devem ser monitoradas a cada 30 minutos, assim como as funções vitais da gestante", sendo mister observar que "esse controle não deve ser

interrompido após o parto ou o abortamento, na medida em que pode ocorrer atonia uterina ou retenção placentária, provocando hemorragia", casos em que deverão ser "rapidamente estabelecidos os procedimentos de rotina de cada serviço de saúde para corrigir o problema" (p.25; sublinhas do original); a norma também observa que "como o processo de indução do parto pode ser mais demorado, em alguns casos, é importante que a equipe multidisciplinar esteja atenta às questões afetivas e sociais da mulher durante este período" (p.22).

Presente o fato de que a mulher pode optar pela continuidade da gravidez e aguardar o parto espontâneo do nascituro com anencefalia, a referida norma técnica prevê que:

> **Em casos de opção pela conduta conservadora[408] da gravidez e parto espontâneo de anencéfalo**
> Caso a mulher opte pela manutenção da gravidez e pelo aguardo de um parto espontâneo, os cuidados com a mulher e a família devem ser os mesmos descritos anteriormente. A equipe deve respeitar e proporcionar condições para atender à decisão do casal sobre a vivência deste momento (plano de parto com os procedimentos desejados, forma e rituais de recepção do feto, entre outros).
> O parto de anencéfalo implica assistência obstétrica qualificada, com atenção particular ao período expulsivo, uma vez que são comuns as apresentações de face ou pélvica. A via de parto, preferentemente vaginal, será por indicação obstétrica. A vigilância do terceiro estágio [pós-parto] deverá ser reforçada, com atenção à hemorragia pós-parto. (Brasil, 2014b, p. 23–24)

Observe-se que, qualquer que seja a opção prevista na norma técnica para a interrupção da gravidez, a mulher passará por um **processo semelhante ao parto** (IG de 13 a 26 semanas), ou por um **parto propriamente** (IG além de 26 semanas), inclusive quanto às dores resultantes das contrações provocadas pelo uso do misoprostol/ocitocina, conforme o caso. A diferença que se verifica particularmente entre a *indução do parto a partir da 26ª semana* e a *conduta conservadora da gravidez* é a prematuridade evidente, mas que também pode ocorrer na segunda, por fatores naturais.

[408] Vale esclarecer que a expressão *conduta conservadora* não diz respeito a questões morais, religiosas *etc*., sendo empregada pela norma técnica no sentido que lhe é atribuído na área da saúde, ou seja, "abordagens terapêuticas limitadas, graduais ou bem estabelecidas, em oposição a métodos radicais", e é sinônimo de *terapia*, *tratamento* ou *monitoramento conservador* (Disponível em: https://decs.bvsalud.org/ths/resource/?id=56679). Remete, ainda, a *conduta expectante*, *gestão/terapia expectante*, *observação hospitalar/vigilante* ou *vigilância ativa*, que consiste em "abordagem do gerenciamento clínico em que terapia imediata não é proporcionada, mas há um período de observação durante o qual os testes periódicos monitoram o paciente e a progressão da doença" ou situação clínica (Disponível em: https://decs.bvsalud.org/ths/resource/?id=54396). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

Por outro lado, verifica-se que essa norma técnica, **não dispõe sobre a promoção da assistolia cardíaca do nascituro** – ao menos não expressamente – ou seja, não instrui a que **necessariamente** haja um **nascimento sem vida**. Neste passo, é importante relembrar a definição aqui adotada de *interrupção artificial da gravidez*, segundo a qual essa se constitui em um *gênero* que compreende, por um lado, o *aborto/abortamento*, ou seja, um nascimento com a morte prévia ou concomitante do nascituro e, por outro, a *indução do parto* para um nascimento com vida.

Dessa feita, **se, na interrupção artificial da gravidez de nascituro com anencefalia** que se encontra com **IG suficiente para sobreviver** fora do organismo materno**, não há a adoção de medidas para causar prévia ou concomitantemente a sua morte**, os métodos recomendados no manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b), rigorosamente, **não configuram aborto ou abortamento**, nem de acordo com a definição adotada em obras jurídicas e conforme àquela contida no "Guia de Referências da CID-11" (OMS, 2022), **nem para efeito da tipificação do crime de aborto**, nos termos do CP. Com efeito, **se há possibilidade de sobrevivência** do nascituro com anencefalia **depois de nascido** e desde que **não seja promovida artificialmente sua morte** antes ou durante a interrupção da gravidez, ou, em outras palavras, que os procedimentos adotados **permitam seu nascimento com vida**, a hipótese se assemelha àquela vista como alternativa jurídica ao abortamento em caso de estupro, que permitiria a entrega voluntária do filho nascido à adoção[409], com a diferença óbvia de que, no caso de nascituro diagnosticado com anencefalia, é inevitável sua morte em poucos minutos/horas ou dias após o seu nascimento, ainda que possa viver por mais tempo.

Com o mesmo rigor, porém, se há de verificar que, **quando o nascituro apresenta IG abaixo do mínimo admitido para sua sobrevivência após o nascimento** – que, como visto, situa-se em torno de 22 semanas – e não preenche as outras condições para tanto (como peso *etc*.), **o procedimento deverá ser considerado aborto** e, como tal, jamais haveria de ser juridicamente permitido no Brasil, pois incabível sua admissão como norma coerente com o sistema jurídico brasileiro, **salvo na hipótese de aborto necessário**, prevista no inciso I do art. 128 do CP. Similarmente à hipótese do inciso II do art. 128 do CP, o aborto do nascituro

[409] Tópico 4.1.6.2.

com anencefalia **pelo simples fato da anencefalia** – sem apresentar riscos para a vida da mulher – também se configura como **antinômico e incoerente**, em face do sistema jurídico brasileiro.

É de se lamentar que a porção majoritária do STF, no julgamento da ADPF/54, não se tenha atentado, ao menos, que no caso de gravidezes de nascituro diagnosticado com anencefalia: (a) a interrupção artificial da gravidez implica a indução do parto, quer se vise a um nascimento com vida (parto prematuro, quando presentes condições de sobrevida do nascituro, posto que por breves instantes), quer não (aborto); (b) a indução do parto implica que a mulher terá de suportar todos os seus efeitos (p.ex., as dores das contrações), que tanto mais próximos serão de um parto normal, quanto maior a IG do nascituro, valendo ter presente que a anencefalia normalmente é diagnosticada com IG entre 18 e 24 semanas (Oliveira *et al.*, 2017); e (c) **toda a polêmica** relacionada a esse tipo de gravidez poderia ter sido resolvida, simplesmente, com a **aplicação da octogenária excludente de punibilidade do aborto do inciso I do art. 128 do CP**, quando se verificasse risco real à vida da mulher, inclusive decorrente de sofrimento psíquico grave, ou com a antecipação do parto para um nascimento com vida, caso o nascituro apresentasse chances de sobrevivência após nascido, ainda que por alguns minutos. E mais lamentável é ver tribunais brasileiros dando largas à aplicação do *Acórdão* proferido na ADPF/54 e **ampliando os seus estreitos limites para abarcar inúmeros casos de nascituros com outras anomalias, muito além da anencefalia**, o que fora *profetizado* nos dois votos vencidos do *decisum*[410], pois, não obstante se trate de jurisprudência emanada do STF, "não se mostra legítimo universalizar o que não é coerente" (Heinen, 2018, p. 168), muito menos alargar seu âmbito de aplicação para alcançar situações nela não contempladas.

4.4 DIREITOS DO NASCITURO E ASSISTOLIA CARDÍACA

A questão posta quase ao final do tópico anterior traz à cena a grande celeuma sobre assistolia cardíaca do nascituro, originada partir da edição da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS[411]. Também sobre ela é necessário discorrer, principalmente considerando que o maior problema que se verifica em torno

[410] V. tópico 5.2.
[411] Capítulo 1.

do aborto é o fato de se tratar de um **procedimento que visa a um nascimento sem vida**, mesmo quando o nascituro pode sobreviver ao parto, e se reporta, em particular, ao aborto em gravidez resultante de estupro.

4.4.1 Polêmicas jurídicas acerca da assistolia cardíaca do nascituro

Conforme se anotou, a emissão, em 28 de fevereiro de 2024, da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, deu origem, quase que imediatamente, a uma *avalanche* de manifestações a favor do seu conteúdo e igualmente contra ele[412]. Apenas para relembrar, essa Nota Técnica Conjunta *autorizou* o aborto em caso de gravidez resultante de estupro independentemente da IG do nascituro, de modo que, em tese, poderia ser realizado até no final do período gestacional, apesar de ser possível induzir o parto para um nascimento com vida, e tornou sem efeito o manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" do MS (Brasil, 2022b), que *vedava* o aborto, quando o feto fosse viável, ou seja, pudesse sobreviver ao parto. Possivelmente devido à repercussão negativa provocada pela Nota Técnica de 2024, ou inclusive por isso, foi de pronto suspensa pela Sr.ª Ministra de Estado da Saúde. Anotou-se, ainda, que aquela Nota Técnica Conjunta descortinou na mídia a questão da promoção de assistolia cardíaca do nascituro ou, simplesmente, assistolia fetal (pois realizada quando o nascituro se encontra em idade fetal[413]), como medida prévia ao abortamento e que talvez não fosse tão conhecida do público brasileiro em geral.

Com efeito, ao lado das reações que respeitavam à possibilidade de, em especial, realizar aborto de nascituro concebido por efeito de estupro a qualquer tempo da gravidez, a Nota Técnica Conjunta despertou uma outra série de reações, essas diretamente relacionadas à assistolia cardíaca do nascituro. Em 3 de abril de 2024, foi publicada a Resolução CFM 2.378/2004, de 21 de março de 2024, vedando ao médico a realização de assistolia fetal "nos casos de aborto previsto em lei, ou seja, feto oriundo de estupro, quando houver probabilidade de sobrevida do feto em

[412] Sabe-se que muitas das reações provocadas pela referida Nota Técnica Conjunta têm origem político-partidária e/ou ideológica, mas não se trará essas reações nem se entrará em discussões dessa natureza, pois são *pontos sem nó* e *fios soltos* ou *emaranhados* que nada agregam ao descortino jurídico da questão.
[413] Para as análises deste tópico, pode ser útil recorrer à Figura 3.

idade gestacional acima de 22 semanas" (art. 1º). Logo em seguida, foi protocolizada, junto ao STF, a petição inicial que deu origem à ADPF 1141/2024 e que visa a obter declaração de inconstitucionalidade dessa Resolução CFM 2.378/2024, com pedido de suspensão liminar da sua eficácia, até o julgamento da ação. Houve pedido de distribuição da ação por dependência, mas foi rejeitado pelo Sr. Ministro Alexandre de Moraes, na qualidade de Presidente do STF, que avocou o processo para si e deferiu monocraticamente a liminar requerida, *ad referendum* do Plenário da Corte, em maio de 2024, como dito. Segundo se vê do acompanhamento processual da ADPF/1141, a apreciação da liminar pelo Plenário do STF, com vistas ao seu referendo ou não, teve início na sessão virtual de 31 de maio de 2024, mas, após "voto do Ministro André Mendonça, que divergia do Relator e propunha o não referendo da medida cautelar monocraticamente concedida, o processo foi destacado pelo Ministro Nunes Marques", não tendo sido retomada até a finalização do presente estudo.

Houve, ademais, reações na Câmara de Deputados, com a propositura dos quatro projetos de lei mencionados no tópico introdutório: os PLs 1096/2024, 1920/2024, 1927/2024 e 1958/2024, o primeiro apresentado em 5 de abril de 2024, ao qual foram apensados os demais, de maio de 2024. Os PLs foram encaminhados à apreciação das Comissões de Saúde e Constituição e Justiça e de Cidadania e estão sujeitos à votação em sessão plenária naquela Casa Legislativa. O primeiro propôs a inclusão de um artigo ao CP, com o fito de equiparar o emprego de assistolia fetal, nas hipóteses dos incisos I (aborto necessário) e II (aborto em caso de gravidez resultante de estupro) do art. 128 do mesmo código, ao crime de aborto, com aumento da pena. O segundo também propõe alterações ao art. 128 do CP, ali para proibir o aborto a partir da 22ª semana de gestação, assim como a assistolia fetal no Território Nacional, fixando penas ao médico pelo seu descumprimento, incluída a perda do registro no Conselho Regional de Medicina (CRM), e à gestante. O terceiro PL, mais sintético, proíbe a assistolia fetal em seres humanos e em animais. E o último deles, mais em linha com a resolução do CFM contestada na ADPF 1141/2024, tem por escopo proibir a "realização do procedimento de assistolia fetal, que consiste no ato médico que ocasiona o feticídio, antes dos procedimentos de interrupção legal da gravidez", o que se aplicaria "exclusivamente nos casos de interrupção da gravidez decorrente" de "gestação resultante de estupro" e em "situações em que houver probabilidade de sobrevida do feto, em idade gestacional superior a 22 semanas" (art.

1º, *caput* e parágrafo único). O PL 1958/2024 ainda define assistolia fetal como o "procedimento médico intencionado a cessar a atividade cardíaca do feto" e feticídio como a "morte intencional do feto mediante intervenção médica" (art. 2º, "a" e "b"), ou seja, adota um significado específico, exigindo intenção (dolo).

Igualmente foi alinhado que, antes desses eventos, houve insurgência contra a edição do manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" do MS (Brasil, 2022b), que resultou na propositura da ADPF/989, em particular no que diz respeito à estipulação de limite de tempo máximo para a realização de aborto decorrente de estupro e à tomada de ações estatais que implicassem "burocracia ou barreiras" (p.45) à realização de aborto nas hipóteses dos incisos I e II do art. 128 do CP, bem como no caso de nascituros com anencefalia, autorizado pela ADPF/54. Direta ou indiretamente, pois, a questão da possibilidade de promoção de assistolia cardíaca de nascituro com 22 semanas ou mais de IG, quer no aborto necessário, quer nas hipóteses antinômicas de aborto (em caso de estupro e de anencefalia) também é enfocada nessa ADPF/989, muito embora a ação talvez tenha perdido seu objeto, ao menos em parte, frente à revogação do manual técnico do MS a que se refere, informada pela Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS, juntada à ADPF/989, em resposta a requisição de informações do seu relator (ou seja, antes mesmo da emissão da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS que o *tornou sem efeito*).

Uns e outros desses eventos provocaram manifestações públicas favoráveis e desfavoráveis, sejam em relação ao aborto em torno da 22ª semana de IG em diante, sejam concernentes à assistolia cardíaca do nascituro[414]. E, diante do que foi trazido, percebe-se facilmente a razão: **com IG de 22 semanas, há possibilidade de o nascituro nascer com vida** (e essa IG pode até ser inferior)[415], mas o emprego da **assistolia cardíaca provocaria sua morte antes do parto**, elidindo qualquer chance de sobrevivência após o nascimento e ocasionando o parto de um natimorto.

[414] Notícias a respeito são facilmente encontradas na Internet e é dispensável citá-las (v. nota de rodapé nº 412).
[415] Tópico 4.1.6.2.

4.4.2 Dever constitucional de preservar a vida de quem pode nascer com vida

O *pivô de toda essa celeuma*, ou seja, a Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, na análise que faz após relato dos fatos que a antecederam e as justificativas para sua edição, informa que:

> 3.1. A Recomendação ao Secretário de Atenção Primária à Saúde, em 2022, foi no sentido de que normatizasse o uso do cloreto de potássio (KCl) nos procedimentos de abortamento legal no Brasil e eventualmente proibisse sua utilização em fetos a serem abortados, quando não houvesse o uso de anestesia.
> 3.2. A Nota Técnica nº 44 [Nota Técnica nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS], depois de afirmar não haver regulamentação do uso de cloreto de potássio, passa a regulamentar o aborto permitido estabelecendo que, do ponto de vista clínico, "não há sentido em ser realizado em gestações que ultrapassem 21 semanas e 6 dias". Após esse marco temporal "o abortamento toca a prematuridade e, portanto, alcança o limite da viabilidade fetal". A Nota Técnica denomina como periviabilidade o estágio a partir da 22ª semana gestacional, não se podendo mais referir a interrupção da gravidez como abortamento, mas como parto prematuro. Sendo viáveis, os fetos "são detentores do direito à vida e devem receber assistência conforme a sua vulnerabilidade. A probabilidade de sobrevida a longo prazo aumenta com o aumento da idade gestacional". Diante disso, "sempre que houver viabilidade fetal deve ser assegurada toda a tecnologia médica disponível para tentar permitir a chance de sobrevivência após o nascimento".
> 3.3. Ocorre que, em data posterior foi produzida a Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS que foi encaminhada pelo Ministério da Saúde ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADPF 989, em que entidades da sociedade civil pedem a adoção de providências para assegurar a realização do aborto nas hipóteses permitidas no Código Penal e no caso de gestação de fetos anencéfalos.
> 3.4. A Nota Técnica Conjunta nº 37 refuta as premissas conceituais equivocadas da Nota Técnica no 44. Explica que a Organização Mundial da Saúde (OMS), da qual o Brasil é Estado-membro, define, na 11ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11) como aborto induzido a "expulsão ou extração completa de um embrião ou feto (independentemente da duração da gravidez), decorrente da interrupção deliberada de uma gravidez em curso, por meios medicamentosos ou cirúrgicos, que não tem a intenção de resultar em um nascido vivo".
> 3.5. Depreende-se que o aborto induzido não tem relação com o tempo gestacional, peso fetal e tampouco "viabilidade fetal".
> 3.6. O termo "viabilidade fetal" refere-se ao "potencial do feto sobreviver fora do útero após o nascimento, natural ou induzido". Esse potencial varia segundo fatores individuais (condições de saúde da pessoa gestante, tempo gestacional, sexo fetal[416]) e de acordo com as tecnologias neonatais disponíveis para assegurar a sobrevivência (com ou sem sequelas) de um nascimento prematuro.
> 3.7. A viabilidade fetal não pode servir de justificativa para imposição de marco temporal para o exercício do direito de aborto permitido, nas condições

[416] É questionável que o *sexo fetal*, ou seja, o sexo do nascituro, interfira na sua *viabilidade* após o nascimento. Possivelmente, essa menção é resultado de um *ato falho*, um equívoco de quem a redigiu, não percebido por quem a aprovou.

previstas em lei. Aponta-se pelo menos quatro fundamentos para refutar a interpretação adotada:

1. O artigo 128 do Código Penal, a seguir transcrito, não prevê qualquer limite de tempo gestacional:

[...]

3.8. Destarte, se o legislador brasileiro ao permitir o aborto, nas hipóteses descritas no artigo 128 não impôs qualquer limite temporal para a sua realização, não cabe aos serviços de saúde limitar a interpretação desse direito, especialmente quando a própria literatura/ciência internacional não estabelece limite.

2. O Supremo Tribunal Federal (STF) ao reconhecer a atipicidade da conduta da interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo (ADPF 54/DF) ampliou a possibilidade de interrupção da gravidez sem impor qualquer limite temporal, vide:

[...]

3.9. Em razão disso, aos serviços de saúde incumbe o dever de garantir esse direito de forma segura, íntegra e digna oferecendo devido cuidado às pessoas que buscam o acesso a esses serviços, sem imposição de qualquer limitação e/ou discriminação, senão as impostas pela Constituição, pela lei, por decisões judiciais e orientações científicas internacionalmente reconhecidas.

3. A viabilidade é um conceito dinâmico/mutável, sujeito a variação de interpretação de acordo com as características individuais e regionais[417], incompatível com a fixação de um prazo certo inicial e/ou final para se garantir o direito ao abortamento da pessoa que busca os serviços de saúde, nos termos reconhecidos em nosso ordenamento jurídico.

4. Ademais, obrigar a gestante a manter a gravidez em qualquer das hipóteses garantidoras do direito ao abortamento, conforme estabelecido no artigo 128 do Código Penal e interpretação dada pelo STF na ADPF 54/DF, configura ato de tortura/violência física e/ou psicológica, tratamento desumano e/ou degradante, sobretudo às vítimas de violência sexual.

3.10. Sendo assim, a não observância da garantia ao direito de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei e nas decisões judiciais, viola frontalmente a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal), bem como um dos seus objetivos fundamentais de "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (artigo 3º, IV).

Os itens 3.11 a 3.15 dessa Nota Técnica Conjunta foram acima transcritos[418], convindo, porém, trazer os que se lhes seguem e encerram a análise nela realizada:

3.16. Na esfera jurídica, a restrição para a realização do aborto nas condições previstas em lei por meio de normas infralegais como é o caso da Nota

[417] Também é questionável considerar que "a viabilidade é um conceito [...] sujeito a variação de interpretação de acordo com as características [...] regionais", porquanto se trata de um conceito da área da saúde baseado em pesquisas científicas e, obviamente, a Nota técnica não se refere ao bárbaro costume indígena, verificado em algumas tribos brasileiras, de matar RN com anomalias ou um de gêmeos logo após o nascimento, que será mencionado à frente (tópico 5.2.1). Nada obstante, fatores *regionais* podem interferir positiva ou negativamente na sobrevivência do RN após o parto, como, p.ex., o nível socioeconômico local que afete as condições de saúde e nutricionais da gestante e, consequentemente, as do nascituro, ou, de outro lado, a disponibilidade de serviços e equipamentos aptos a atender RN prematuros, ou à sua ausência no local do nascimento.

[418] Tópico 4.1.4.

> Técnica [nº 44], sob a justificativa da viabilidade de vida extrauterina, ofende o artigo 128 do Código Penal e a decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54/DF, pois estes não estabelecem prazo para o exercício do direito. No plano da Constituição Federal ofende os artigos 1º, III, 3º, IV e também o artigo 5º, II, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".
> 3.17. Dessa forma, a Nota Técnica no 44 vulnerabiliza meninas e mulheres que precisam acessar os serviços de aborto legal no país e traz insegurança aos profissionais de saúde que prestam este cuidado, gerando uma atmosfera de medo e intimidação, além de induzir os profissionais à realização de práticas obsoletas, superadas pelas evidências científicas violando, com isso, o direito à saúde das mulheres (crianças, adolescentes e adultas) que necessitam do amplo apoio dos profissionais e serviços de saúde em todo o território nacional.

Salvo equívocos nas pesquisas que realizou por meio do *site* Google, inclusive com as ferramentas de *pesquisa avançada*, não foi possível localizar na Internet, até a data do término do presente estudo, o inteiro teor da Nota Técnica nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS, anulada pela Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS. Em razão disso, as informações obtidas sobre aquela nota técnica (revogada/anulada) são apenas as que constam da última delas e foram trazidas nas citações acima, o que impossibilita a análise completa da primeira, para os objetivos antes fixados.

Abre-se ainda um parêntesis: para mais de não ter sido possível localizar na Internet a Nota Técnica nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS, também houve grandes dificuldades para localizar a própria *nota técnica pivô das celeumas*[419] e, igualmente, as 1ª e 2ª edições do manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento", de 2022, por ela tornado sem efeito. Quanto ao manual, a Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS (citada na Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS e referida em tópicos anteriores)[420] informa que "o referido documento foi retirado da plataforma virtual" do MS, pelos motivos ali arrolados (item 2 – Análise), mas foi possível localizá-lo em *sites* privados da Internet que o reproduziram[421]. Nada obstante, tanto o Manual, quanto a Nota Técnica nº 44/2022 são documentos públicos editados pelo Poder Executivo (no caso, o MS) e sujeitos ao princípio constitucional da publicidade, que rege os atos da Administração

[419] V. nota de rodapé nº 9.
[420] Como nos tópicos 4.1.8.8 e 4.1.8.9.
[421] A 2ª edição do manual foi obtida por meio do *site* do jornal Gazeta do Povo (Disponível em: https://multimidia.gazetadopovo.com.br/media/docs/1705782336_atencao-avaliacao-conduta-abortamento-2ed.pdf). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

Pública Federal (CF, art. 37, *caput*). Destarte, deveriam continuar acessíveis ao público, posto que revogados, suspensos, não repristinados, anulados, com vigência expirada, ou de qualquer forma tornados inválidos ou ineficazes, evidentemente que com as devidas informações sobre sua vigência, ou, no caso de manuais, sobre sua substituição por outro, se for o caso, mas jamais simplesmente suprimidos dos *sites* dos órgãos públicos que os editaram. ***Fecha-se parêntesis****.*

Há razão na Nota Técnica Conjunta nº 2/2024, quando se refere à definição de aborto dada pela CID-11 (item 3.4), e que corresponde àquela aqui adotada, inclusive quanto ao fato de que o aborto pode, **quando juridicamente admitido**, ser provocado qualquer que seja a IG, ou seja, mesmo em gestações muito avançadas. Também se pode concordar com as assertivas que dizem respeito ao fato de que nem os incisos I e II do art. 128 do CP, nem tampouco a ADPF/54 fixam prazo máximo para a realização do aborto. Porém, é necessário parar por aí. Além do entendimento deduzido no sentido da incoerência sistêmica do aborto por simples ocorrência de gravidez resultante de estupro (CP 128, II) ou apenas porque o nascituro foi diagnosticado com anencefalia (ADPF/54), sem implicações para a vida da mulher – e que, por isso, deveriam ser banidos do Direito brasileiro –, as principais divergências consistem no fato de que essa Nota Técnica Conjunta, omitindo diversas normas constitucionais e legais, **despreza, de todo, o direito à vida do próprio nascituro**, que deve ser sempre garantido acima de qualquer outro, com **exceção da proteção que deve ser assegurada à vida a mulher** (CP 128, I), **qualquer que seja o estágio da gravidez**.

4.4.3 Assistolia cardíaca do nascituro no aborto para salvar a vida da mulher

Neste passo, é mister relembrar alguns pontos já tratados. Por primeiro, que, no seu desenvolvimento no organismo da mulher, o nascituro chega à fase fetal aproximadamente na 9ª semana de gestação, ou seja, ainda no 1º trimestre de gravidez (Figura 3, acima). Como segundo ponto, conforme previsto no manual "Atenção humanizada ao abortamento" (Brasil, 2011b) – que, s.m.j., seria a norma técnica do MS atualmente aplicável como orientação aos profissionais de saúde quanto ao aborto, em função da revogação/anulação do manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b) – e no

manual “Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos” (Brasil, 2014b), que os métodos de *esvaziamento uterino* são: (a) abortamento cirúrgico por meio de aspiração manual (Amiu/AVM) ou elétrica (AVE); (b) abortamento medicamentoso com o uso de misoprostol ou ocitocina; e (c) curetagem uterina, que consiste em método cirúrgico (parece pressupor o uso de curetas rígidas, mas admite o emprego de Amiu/AVM ou AVE)[422]. E, finalmente, um terceiro ponto: a indicação dos métodos abortivos varia conforme o estágio de desenvolvimento do nascituro, sendo que, nos termos desses manuais técnicos brasileiros, “no segundo trimestre, o abortamento farmacológico constitui método de eleição, podendo ser complementado, após a expulsão fetal, com curetagem ou aspiração uterina, segundo as condições clínicas da mulher” (Brasil, 2011b, p. 34; sem sublinhas no original), o que também é a recomendação a partir do 3º trimestre de gravidez, para “esvaziamento uterino” no caso de “óbito fetal uterino”, sem descurar que o uso de fármacos (misoprostol ou ocitocina) é igualmente o método indicado para a “indução do parto com feto vivo” (p.36; sem sublinhas no original).

É imprescindível ter em conta que a primeira das normas técnicas mencionadas define abortamento como “a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana e com produto da concepção pesando menos que 500g” (Brasil, 2011b, p. 29; sem sublinhas no original) e, ao lado disso, prescreve que “toda mulher grávida que solicita interrupção da gestação e cumpre com as condições estabelecidas pela lei, pode optar pela interrupção farmacológica da gravidez, tanto no primeiro como no segundo trimestre da gestação” (Brasil, 2011b, p. 34; sem sublinhas no original) e, quando se refere ao **3º trimestre**, fala em *esvaziamento uterino* **apenas no caso de *óbito fetal uterino*** e, **afora isso, em *indução do parto com feto vivo***. Ou seja, da análise rigorosa do manual “Atenção humanizada ao abortamento” (Brasil, 2011b), deduz-se que ali **não se cogita de abortamento no 3º trimestre de gravidez**, mesmo nas hipóteses admitidas no Brasil por força de lei ou de decisão judicial, coerentes ou não com o sistema jurídico nacional. A igual entendimento se chega quando se analisa o manual “Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos” (Brasil, 2014b) e se pode deduzir das referências trazidas do “Guia de Referências da CID-11” (OMS, 2022), que fixam a IG de 22 semanas para, p.ex., definir natimorto para efeito do

[422] Tópicos 4.1.4 e 4.3.6.

estabelecimento de índices de mortinatalidade[423] e de outras publicações na área da saúde (como: BAPM, 2019; Dulay, 2022).

Há uma razão fática manifesta por detrás dessas publicações técnicas da área da saúde: **por volta da *22ª semana* de IG** ou início do 6º mês de gestação, **é possível um nascimento com vida e a sobrevivência do RN após o parto**, ainda que por pouco ou pouquíssimo tempo, como na anencefalia, donde se diga que a realização de abortamento – ou seja, de um procedimento para obter um nascimento **sem vida** –, exceto quando indispensável para salvar a vida da mulher, é um **absoluto desprezo pelo direito à vida do nascituro** (CF) **e do seu *direito de nascer*** (ECA), com o que não se pode compactuar e, saliente-se, nem mesmo esses manuais técnicos com isso compactuam. Não se trata, pois, de *os serviços de saúde limitarem a interpretação* do limite temporal ao abortamento, como equivocadamente sugere o item 3.8 da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024, mas de oportunizarem um nascimento com vida e a sobrevivência do nascido, **sempre que possível** e **não haja risco para a vida da mulher**.

Continuando, a *obsolescência* a que se refere o item 3.15 da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS é, em certa medida, esclarecida na Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS, que se refere a diversos aspectos presentes no manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b). As recomendações do Manual revogado/anulado estariam *desatualizadas* e/ou se baseariam em informações *errôneas*, no que tange aos seguintes temas: (a) coleta de material biológico do nascituro abortado para posterior perícia; (b) emprego de telemedicina no aborto medicamentoso; (c) limitação do aborto em função da IG; (d) indução de assistolia cardíaca do nascituro; (e) dosagem de medicamentos utilizados no aborto medicamentoso; (f) curetagem uterina; (g) recomendação do uso de imunoglobulina anti-D (prevenção do fator Rh); (h) indicação e início de uso de métodos contraceptivos após o aborto; (i) aborto no caso de risco de vida da mulher; e (j) objeção de consciência de profissionais de saúde. Os temas a que se referem as alíneas (e) (g) e (h) são próprios da área da saúde e fogem ao escopo do presente estudo e, com exceção daquele a que refere à

[423] Tópico 4.2.12.

alínea (j), que será tratado em tópico próprio[424] e o da alínea (d) que é objeto deste tópico, os demais já foram abordados[425].

Abrindo um outro parêntesis, a curetagem com curetas rígidas é um método de aborto cirúrgico possivelmente ainda utilizado no Brasil, pois faz parte das recomendações constantes do manual "Atenção humanizada ao abortamento" do MS (Brasil, 2011b). Como dito logo acima, esse documento fora substituído pelo manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b), o qual, porém, foi tornado sem efeito pela Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS e excluído da plataforma virtual do MS, pelas razões expostas na Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS, dentre as quais a suposta obsolescência de suas orientações quanto à curetagem. De fato o uso de curetas rígidas para o abortamento cirúrgico, como apontado, não é aconselhado pela OMS (2023b), que recomenda o uso de aparelhos de sucção (AVM/AVE) para essa finalidade e, se necessário, para promover o completo esvaziamento do útero após o aborto, assim como se vê em Casey (2023a), que denomina a técnica pela sigla D&C. Todavia, apesar de se tratar de uma técnica antiga e dos riscos envolvidos, o uso de curetas rígidas é admitido até pela OMS (2023b), quando indisponíveis aparelhos de AVM/AVE. Apesar da alegação de obsolescência, verifica-se que é exatamente essa a orientação que consta do Manual de 2022, onde se lê que "a conduta cirúrgica inclui a aspiração manual ou elétrica, com ou sem dilatação cervical, e a curetagem uterina para situações em que não estiver disponível a aspiração ou a critério médico", e que "recomenda-se, sempre que possível, dar preferência para a aspiração do conteúdo uterino, se possível, pelos riscos de perfuração, maior perda sanguínea, dor, formação de aderências intrauterinas e necessidade de maior dilatação cervical com a curetagem" (Brasil, 2022b, p. 51–52; sem sublinhas no original). Portanto, ao menos nesse ponto, constata-se que a crítica de *obsolescência*, endereçada pela Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS ao manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b), não é válida[426]. ***Fecha-se parêntesis***.

[424] Tópico 4.4.6.

[425] Em particular: alínea (a), no tópico 4.1.8; alínea (b), nos tópicos 4.1.4 e 4.1.8.9; alínea (c) nos tópicos 4.1.7, 4.2.4 e 4.3.4; alínea (f), nos tópicos 4.1.4, 4.2.14 e 4.4.3; e alínea (i), nos tópicos 4.1.7, 4.2.9 e 4.3.4.

[426] Salvo quanto à assistolia cardíaca do nascituro e à curetagem, entendeu-se desnecessário verificar se as demais críticas seriam válidas ou não, ou em que medida o seriam, pois isso quase nada

Retomando a Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, conquanto também se tenha constatado "não haver regulamentação" do MS sobre o "uso de cloreto de potássio" – ou KCl, um dos produtos utilizados para indução de assistolia cardíaca[427] – para realização de aborto, conforme aponta o item 3.2 dessa Nota Técnica Conjunta, é de se atentar que, ainda que uma norma técnica do MS regulasse essa questão, **o emprego da assistolia cardíaca**, ou de qualquer outro método para provocar a morte do nascituro previamente ao aborto, na realidade **consiste em procedimento médico a ser adotado em situações específicas e segundo os critérios próprios e exclusivos da Medicina**. Diante disso e s.m.j., tal regulação encontra-se no âmbito de competência do CFM, que deve levar em conta, inclusive, as regras definidas para a atuação do médico no seu vigente Código de Ética Médica (CEM) (Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018[428]), as quais recomendam o emprego do "melhor do progresso científico em benefício do paciente" (cap. I, item V).

Destarte, os médicos estão adstritos ao cumprimento das normas emanadas do CFM, sem prejuízo do dever de observância das normas legais que lhes sejam aplicáveis, por força do disposto no inciso II do art. 5º da CF, além, é claro, das próprias normas e princípios constitucionais. Ademais, as normas do CFM devem estar em linha com o *melhor do progresso científico*, ou seja, com as evidências científicas mais atuais que mereçam crédito[429], o que compreende, no caso de aborto coerente com o sistema jurídico brasileiro (CP, art. 128, I), o emprego da assistolia cardíaca, **mas apenas quando imprescindível**[430]. Aliás, isso é evidenciado no mesmo item 3.15 da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, que, ao falar da "indução de assistolia fetal", acrescenta "**quando indicada**", sendo óbvio que, no Brasil, **tal indicação somente pode partir de um médico** que, por sua vez, deve ter em conta as normas e orientações emanadas do CFM para o emprego dos

---

acrescentaria ao presente estudo. O emprego de curetas rígidas para o aborto cirúrgico, porém, chamou a atenção justamente pela sua crueldade, assim em relação ao nascituro, como à própria mulher, e aos riscos que advém para esta do seu emprego, mas se viu que é admitido na ausência de aparelhos para aspiração a vácuo, até por recomendação da OMS, quando o aborto é autorizado pelas legislações locais – como, no Brasil, para o aborto necessário (CP, art. 128, I).

[427] Tópico 4.1.4.

[428] Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

[429] Escoimadas, tanto quanto possível, as pesquisas indignas de serem tidas como *evidência científica*, porque embasadas em dados falsos ou falseados, a que se reporta a nota de rodapé nº 376.

[430] Melhor dizendo, quando o aborto em si é imprescindível para salvar a vida da mulher.

procedimentos adequados em cada caso e, quando omissas ou insuficientes, justificar sua opção médica com base em evidências científicas válidas.

Não se deslembre que, do ponto de vista jurídico, a possibilidade de promover a morte do nascituro antes do aborto foi referida, quando se comentou a respeito do ***aborto necessário* para salvar a vida da mulher** – quer a necessidade inafastável do aborto decorra de problemas orgânicos, quer de sofrimento psíquico grave da mulher[431]. Já se aventou, inclusive que **a promoção da assistolia cardíaca do nascituro** pode se configurar em **procedimento médico mandatório** para evitar o sofrimento inerente à crueldade do aborto, qualquer que seja a IG, em particular a partir do final do 2º trimestre de gravidez, e para que fique claro: tenha o nascituro possibilidade de sobreviver ao parto ou não, mas, evidentemente, **quando não houver alternativa capaz de salvar a vida da mulher e, ao mesmo tempo, preservar a do nascituro**. Na hipótese do aborto necessário, nos exatos termos do inciso I do art. 128 do CP, **o que importa é salvar a vida da mulher**, nem que, para tanto, seja necessário suprimir a vida do nascituro quando não há outro meio possível para aquele objetivo. Frisa-se mais uma vez que **essa é a única hipótese admissível no Direito** brasileiro na qual, sem que implique apenamento, realmente pode ser praticado o *aborto propriamente dito* ou, em outras palavras, **promover a *interrupção artificial da gravidez* sem a intenção de obter um nascimento com vida**, ainda que o nascituro possa sobreviver ao parto, caso em que a assistolia cardíaca prévia ao abortamento se configura como a **derradeira alternativa**, mas que pode ser legitimamente utilizada **quando inafastável para salvar a vida da mulher**.

4.4.4 Por que a opção pela morte, quando há opção pela vida?

Repete-se que, salvo quando indispensável para salvar a vida da mulher, **o aborto é incoerente com o sistema jurídico brasileiro** e as hipóteses presentes que o autorizam – gravidez resultante de estupro (CP, art. 128, II), ou anencefalia do nascituro (ADPF/54) – **são antinômicas e deveriam ser extirpadas do sistema jurídico brasileiro**, pois negam o direito à vida do nascituro desde a concepção, como **também é antinômica** a pretensão deduzida na ADPF/442 de **aborto ao livre-**

[431] Tópicos 4.1.7 e 4.3.4.

arbítrio da mulher até a 12ª semana de gestação. Essa é a posição deste autor que foi e será sempre reiterada. Apesar disso, as duas primeiras hipóteses antinômicas de aborto (ainda) subsistem no Direito brasileiro – espera-se jamais seja introduzida a hipótese pretendida na ADPF/442 – e, desafortunadamente, **o abortamento com fundamento nelas continua a ser praticado no Brasil e continuará a sê-lo**, enquanto ali estiverem presentes. Daí, surge a questão referente à IG do nascituro, que adquire maior relevância a partir do momento em que se torna possível sua sobrevivência após o nascimento, ou sua **viabilidade pós-parto**, pois que sua *viabilidade pré-parto* – ou melhor, sua vida no organismo da mulher –, inclusive em se tratando de nascituro com anencefalia, existe desde a concepção, ou, quando concebido *in vitro*, da sua implantação no útero.

Recorde-se que, no 1º trimestre de gravidez, as opções de métodos de abortamento incluem, além do medicamentoso, os procedimentos cirúrgicos de aspiração do conteúdo uterino (Amiu/AVM ou AVE) e curetagem, previstas nas normas brasileiras. No 2º trimestre, as opções diminuem e o método recomendado é o medicamentoso, também indicado pela OMS (2023b) em qualquer idade gestacional. Nesse período, ou melhor, antes de atingido o limite mínimo para sobrevivência fora do organismo materno, **a assistolia cardíaca do nascituro pode ser necessária para evitar-lhe cruéis sofrimentos**, a depender, em especial, da presença de nociceptores (10ª semana em diante), o que já permite minimamente inferir a possibilidade de ele ser capaz de perceber a dor – notadamente com o emprego de métodos cirúrgicos de abortamento, mas também no medicamentoso –, possibilidade essa que aumenta com a IG, em face do desenvolvimento do SNC/SNP, mesmo no caso de anencefalia[432]. Tal raciocínio se aplica quer no caso de o aborto ser a única medida existente para salvar a vida da mulher – e única sistematicamente coerente no Brasil, itere-se –, quer nas hipóteses antinômicas de aborto.

A IG que, em geral, marca o **início do período sobrevivência pós-parto do nascituro gira em torno do início do 6º mês de gravidez**, atestado pela literatura médica, aí compreendidas as normas técnicas brasileiras, embora essa IG possa ser menor ou maior, dependendo das condições físicas do nascituro[433]. **Isso não é negado nem pela Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS**, malgrado

[432] Tópicos 4.1.4 e 4.3.3.5.
[433] Tópicos 4.1.6.2 e 4.3.6.

excluir o fato de a sobrevivência do nascituro após o parto consistir em motivo de limitação temporal ao aborto, no caso de gravidez resultante de estupro, ou de nascituro com anencefalia (p.ex., itens 3.6 e 3.7). Portanto, o fato indiscutível de um **nascimento com vida** – com consequente aquisição de personalidade jurídica – e a possibilidade de sobrevivência do nascituro que atinge os **requisitos mínimos de viabilidade pós-parto com menores riscos de desenvolvimento de deficiências graves** – compreendendo-se que, na anencefalia, tais requisitos seriam aqueles hábeis a preservar sua vida pelo tempo que fosse possível – seriam mais que suficientes para obstar a que se realizasse seu abortamento, ou seja, procedimento médico que visasse a um nascimento **sem vida**, resultante da **indução de sua morte por assistolia cardíaca, ou por qualquer outro meio**.

Há, contudo, um outro aspecto a ser aduzido e que foi mencionado: o aborto medicamentoso – recomendado já a partir do 2º trimestre de gravidez – é feito por meio de fármacos que **induzem o parto**. Em outras palavras, a partir dessa IG e **do ponto de vista da mulher, ela passará por todas as fases de um parto pré-termo ou a termo** e, a despeito de se adotar procedimentos de analgesia, sentirá as contrações uterinas por tempo mais ou menos prolongado. Isso ocorre porque, no aborto medicamentoso, são empregados os mesmos **medicamentos utilizados para a indução de um parto vaginal com vida**. Parece que, do ponto de vista da mulher, a única diferença é que, **se for promovida a assistolia cardíaca do nascituro**, do seu parto necessariamente resultará um **ser humano morto** (um *natimorto*) e, na hipótese contrária, um nascido com vida (um RN), não obstante essa possa se extinguir pouco depois, no caso de nascituros com anencefalia, ou, em função de intercorrências, durante o próprio parto, independentemente de qualquer anomalia nele presente.

Neste comenos, se retoma a pergunta do título deste tópico em outros termos: *Por que realizar a assistolia cardíaca e induzir um aborto, quando é possível um nascimento com vida, ou, em outras palavras, por que promover a morte de um nascituro que pode nascer com vida, ainda que sobreviva por curto tempo após o parto? Por que, em qualquer caso, não permitir um nascimento com vida e dar chance ao nascituro de viver ao menos poucos minutos/horas ou dias fora do organismo da mulher, se não lhe for possível sobreviver por mais tempo?* Claro que não se deve eliminar o fato de que pode haver uma série de intercorrências no parto que impeçam

ou frustrem esse desiderato, como a asfixia perinatal, a distocia bisacromial e outras tantas – que podem se dar em praticamente todos os tipos de gravidezes, inclusive nas *absolutamente normais* –, e provocar-lhe a morte, ou promover sequelas mais ou menos graves[434]. Mas ainda aí fica a pergunta-título acima: ***Por que a opção pela morte, quando há opção pela vida?***

Pode haver respostas a essa pergunta que até *validem* a opção pela morte do nascituro. Algumas delas dizem respeito ao Direito e, pois, são passíveis de análise jurídica aqui. Nada obstante, salvo na hipótese de a assistolia cardíaca do nascituro ser mandatória para viabilizar o aborto necessário (para salvar a vida da mulher), **não há resposta que**, no plano jurídico, **dê guarida à morte prévia do nascituro à interrupção da gravidez, quando há possibilidade de ele sobreviver ao parto**, como se pode ver das seguintes análises a partir de algumas situações mais facilmente imagináveis[435]:

a) no caso de gravidez resultante de estupro, de plano, devem ser afastadas quaisquer respostas calcadas numa *suposta noção de justiça* que demandasse a *morte do nascituro* como uma espécie de *pena ao estuprador*, visto que resvalaria, quando menos, no **princípio da pessoalidade das penas**, na medida em que atingiria, não o agente do crime de estupro, mas o nascituro concebido nesse ato[436], e de igual modo na vedação imposta pelo **princípio da humanidade das penas**[437], sem se esquecer que, em um Estado de Direito, como o Brasil, a *vingança* em face de criminosos – ou melhor, a persecução penal dos acusados de crimes e sua punição – cabe exclusivamente ao Estado, na forma da lei, jamais à(ao) particular;
b) respostas baseadas em alegação de que a *mulher tem direito ao aborto em qualquer IG*, tanto na hipótese de gravidez decorrente de estupro quanto na de anencefalia ou quaisquer outras que se revelem antinômicas, e que *seria tortura impor-lhe levar a gravidez a termo* também não se sustentam, pois, mesmo pondo-se de lado a absoluta prioridade do direito à vida do nascituro, a indução de parto para nascimento com vida, quando

[434] Tópico 4.3.5.
[435] Não serão analisadas questões que digam respeito a quaisquer outras Ciências, que não o Direito.
[436] Tópico 4.1.5.
[437] Tópico 4.1.2.

atingidos os requisitos mínimos para sobrevivência do nascido, **liberaria a mulher da *tortura* de uma gravidez que sustentou, no mínimo, até o início do último mês do 2º trimestre de gestação**[438];

c) igualmente falecem respostas que se fundam em *suposto dever de a mulher criar a(o) filha(o) do estuprador*, pois foi dito que, atualmente, o Direito brasileiro permite sua **entrega à adoção antes do parto**, solução que se revela como alternativa ao aborto no caso de gravidez decorrente de estupro e que pode, da mesma forma, ser adotada no de nascituros com anencefalia[439], para *elidir obrigações decorrentes da maternidade* que lhe possam caber de uma improvável sobrevida de mais de alguns minutos, no último caso; e

d) finalmente, são incabíveis as respostas que, calcando-se na *letra* da norma penal, argumentam que, **por ali se falar em aborto, *se exigiria a morte do nascituro*** em qualquer situação, pois isso significaria admitir que o CP estabelece uma hipótese de **pena de morte não autorizada pela CF**.

A Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS traz um outro argumento em prol da assistolia cardíaca do nascituro, quando rebate a seguinte afirmação do manual "Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento" (Brasil, 2022b): "O abortamento com excludente de ilicitude feito por médico não deve ser precedido de feticídio, principalmente nos casos em que houver viabilidade fetal, já que os estudos não mostram qualquer vantagem no procedimento" (p.37; sem sublinhas no original). Sua objeção a essa afirmação é a seguinte:

> O estudo brasileiro a que se refere a norma foi realizado com mulheres em situação de aborto induzido por malformações fetais incompatíveis com a vida e o desfecho estudado foi o tempo de indução do aborto. Existem estudos [que] apontam que a indução de assistolia fetal não modifica substancialmente o cenário da duração entre o início da indução e a expulsão fetal. Entretanto, a referida Norma Técnica analisada não considera a responsabilidade do Estado em realizar técnicas que sejam benéficas às mulheres, com fim de promover maior conforto emocional para as pessoas

[438] Como visto (tópico 4.1.6.2), pode haver situações em que a mulher vítima de estupro se vê impedida, por diversas razões, de buscar atendimento médico imediato – notadamente se se trata de estupro de vulnerável – e, às vezes, só pode fazê-lo próximo ao término do período gestacional, mas, em qualquer hipótese, merece atendimento médico adequado à sua situação (repisando-se, porém, que o aborto nesse caso configura antinomia em face do sistema jurídico brasileiro). Também por aí se há que frisar que, havendo estupro, é imprescindível que a mulher busque urgentemente atendimento médico no SUS ou noutro serviço de saúde, se possível no mesmo dia, inclusive para receber a contracepção de emergência em tempo hábil para evitar o risco de engravidar (tópico 4.1.6.1).

[439] Tópicos 4.1.6.2 e 4.3.6.

> que buscam os serviços de aborto, ou menor conflito emocional e/ou ético para os profissionais de saúde.
> A recomendação de assistolia fetal nesses casos, também é posição das sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e suas subespecialidades, como por exemplo a *Society of Family Planning* (EUA) e o *Royal College of Obstetricians and Gynaecologists* (RCOG) (Inglaterra) recomendam que as induções medicamentosas em idades gestacionais mais avançadas sejam precedidas da indução da assistolia fetal por trazer benefícios emocionais, legais e éticos relacionados ao impedimento da expulsão fetal com sinais transitórios de vida. Destaca-se que a recomendação de indução de assistolia fetal em gravidezes acima de 21 semanas e 6 dias do RCOG é mencionada no documento do *National Institute for Health and Care Excellence* – NICE – citado na Norma Técnica em análise. A própria OMS orienta e recomenda a técnica da indução de assistolia fetal para abortos induzidos em tempos gestacionais avançados como uma técnica que produz cuidado em saúde. (2 Análise, Sobre Procedimentos Técnicos - Indução de Assistolia Fetal; sem sublinhas no original)

Sinteticamente, percebe-se que a principal defesa da indução da assistolia cardíaca do nascituro, nos termos desse tópico da Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS, diz respeito aos **reflexos emocionais (negativos)** que podem advir da **observância de *sinais transitórios de vida*** no nascituro abortado, em especial pela mulher que se submete ao aborto, assim como a **minimização** de eventuais **conflitos éticos/legais** face aos profissionais de saúde que o conduzem. Parece não haver outros *benefícios* da promoção da assistolia cardíaca do nascituro, **nem quanto à *redução da duração do trabalho de parto***.

Não se descura que se deve adotar medidas para evitar danos à saúde mental da mulher que se submete a um aborto, inclusive antinômico, até visando a prevenir eventuais efeitos psíquicos/psicológicos adversos[440]. Também se viu que, **quando se trata de salvar a vida da mulher**, não havendo como evitar o aborto necessário (CP, art. 128, I), tem cabida a assistolia cardíaca do nascituro[441]. Contudo, a Nota Técnica Conjunta nº 37/2023 **não revela preocupação alguma com promover a morte do nascituro** nas demais hipóteses de aborto, todas antinômicas. Aliás, **parece que seu óbito é até *desejado***, pois, a opção é pela assistolia cardíaca, mesmo quando o nascituro possa nascer com vida e ser entregue à adoção, ou venha a falecer pouco depois, no caso de anencefalia. Ao que tudo indica, **nenhum *valor humano* é atribuído ao nascituro** pela Nota Técnica Conjunta nº 37/2023, que ali **é tratado como *material biológico da mulher***[442], num retorno à vetusta concepção do Digesto

[440] Tópico 4.2.14.
[441] Tópico 4.4.3; tb. tópicos 4.1.7 e 4.3.4.
[442] Tópico 4.1.8.

– datada de 533 d.C.[443] e completamente afastada pela Ciência – pela qual *partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum* ou que o nascituro nada mais seria que **parte das vísceras da mulher** e, pois, indigno de qualquer direito, **inclusive o de nascer com vida, quando possa**.

Sublinhe-se que a alternativa ao aborto mediante a entrega da(o) filha(o) nascido à adoção, na forma que se entende possível, **não demanda levar a gravidez até o seu termo**, já que **admite induzir o parto prematuro**, a partir do momento em que o nascituro apresente **reais condições de sobreviver** e menor risco de desenvolver deficiências graves[444]. E a grande discussão, que se trava a respeito da assistolia cardíaca nessa Nota Técnica Conjunta e na Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, não é o aborto em fases iniciais da gravidez[445], mas, justamente, a sua promoção quando a mulher vítima de estupro, ou com gravidez de nascituro com anencefalia, **procura os serviços de saúde apenas** com IG de cerca de 22 semanas ou **por volta do início do 6º mês de gravidez ou mais**, quando, **para realmente abortar**, se faz necessário provocar a morte prévia do nascituro por meio da assistolia cardíaca[446] ou outro meio, para – no dizer da Nota Técnica Conjunta nº 37/2023 – evitar que ela presencie *sinais de vida*. Porém, **esses *sinais* nada terão de *transitórios* se não for provocada a morte do nascituro** através da assistolia cardíaca ou outro meio, pois a partir dessa IG há sabidas chances de ele **nascer com vida e sobreviver**, posto que por poucos minutos. Não por outra razão, embora a dicção dos antinômicos inciso II do art. 128 do CP e *decisum* exarado na ADPF/54 não estipulem limite temporal máximo para o aborto, as normas técnicas da área da saúde antes mencionadas orientam a indução do parto para um nascimento com vida a partir de 20-22 semanas de IG[447].

A alegação de que a indução da assistolia cardíaca *promove maior conforto emocional* à mulher, com o evitar que presencie sinais de vida em extinção no

[443] O Digesto ou Pandectas foi promulgado pelo imperador Justiniano em 15 de dezembro de 533 (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Corpus_Juris_Civilis&oldid=67774556. Acesso em: 8 nov. 2024).
[444] Tópico 4.1.6.2.
[445] Que, como dito e repetido, não é admitido, nem como quer a inicial da ADPF/442, nem em outras situações, salvo para salvar a vida da mulher (tópicos anteriores).
[446] Consoante visto acima neste tópico, a assistolia cardíaca tem cabida em fases anteriores do desenvolvimento do nascituro, mesmo nas hipóteses antinômicas de aborto, para evitar-lhe cruéis sofrimentos.
[447] Tópico 4.4.3.

nascituro abortado, é ponderável e é especialmente válida no caso de aborto necessário com IG avançada (CP, art. 128, I). Contudo, a Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS desconsidera que, ao se submeter a um aborto em torno do início do 6º mês de gestação em diante – em particular nas hipóteses antinômicas de excludente de punibilidade do aborto –, a mulher enfrentará um **outro *desconforto emocional*** que pode ser ainda maior: o de **parir um morto que poderia ter nascido vivo**, se não tivesse escolhido abortar. A sensação imediata pode ser *de alívio*, como em qualquer caso em que ela deseje abortar, admissível juridicamente ou não, mas não se sabe dizer quais são as **consequências futuras do específico *desconforto emocional* de parir um ser humano que morreu em razão da escolha da mulher pelo aborto**, quanto à sua saúde física e/ou mental, dada a insuficiência de pesquisas a respeito, sobretudo no Brasil.

Com efeito, salvo se a mulher não tiver capacidade cognitiva suficiente para discernir, saberá que **o nascituro poderia ter nascido com vida**, mas **nasceu morto em razão da sua opção pelo aborto** e, se não sofrer de psicopatia grave, esse fato poderá fazer aflorar alguma emoção ou sentimento, ainda que não percebido consciente e imediatamente, que poderá marcar indelevelmente seu inconsciente e manifestar-se futuramente, com prejuízo à sua saúde mental e até física (sob a forma, p.ex., de uma DCNT)[448]. Há que se ponderar, porém, que **ambos esses *desconfortos emocionais*** – ver sinais *transitórios* de vida, ou parir um morto – **podem ser evitados em IG a partir da qual seja possível a sobrevivência após o parto**, pois basta que, em vez de se promover um aborto, realize-se a indução de parto para nascimento com vida. Realça-se que a mulher, seja no caso de gravidez resultante de estupro, seja na de nascituro com anencefalia, poderá, até antes do parto, entregar a(o) filha(o) nascido com vida à adoção, liberando-se dos deveres inerentes à maternidade imediatamente após, sendo que o parto pode ser realizado prematuramente, desde que o nascituro apresente reais condições de sobrevida após o nascimento – que seja de alguns minutos ou horas – e não haja riscos para a mulher.

Não se deslembre que, num aborto medicamentoso, o procedimento é basicamente o mesmo de uma interrupção artificial da gestação para obter um nascimento com vida: a indução do parto. A respeito do trabalho de parto, a própria

[448] Tópicos 4.1.7 e 4.2.14.

Nota Técnica Conjunta nº 37/2023-SAPS/SAES/MS revela que a assistolia cardíaca do nascituro não interfere no seu **tempo de duração**, de modo que o *desconforto físico* da mulher provavelmente será equivalente, tanto no aborto medicamentoso quanto na indução do parto para um nascimento com vida. Ou seja, **o aborto com assistolia cardíaca não gera maior *conforto físico* para a mulher**.

Em resumo, a mulher teria duas opções disponíveis para interromper a gravidez a partir da 20ª-22ª semana de IG, em tese[449]: (a) aborto com prévia promoção de assistolia cardíaca ou morte do nascituro por outro meio, e (b) indução do parto para nascimento com vida. Quando se comparam as duas opções, o aborto se afigura como a **pior delas**, inclusive no caso de nascituros com anencefalia, e a **indução do parto para um nascimento com vida** se revela a **mais vantajosa**, ou **menos danosa** para a mulher, presente e, quiçá, futuramente.

É certo que podem acorrer outras perguntas e respostas que toquem aspectos jurídicos sobre a opção de abortar, em vez de realizar um parto para nascimento com vida, e não se descura que possa haver alguma até dotada de fundamentos jurídicos plausíveis. Todavia, em face do entendimento a respeito da **absoluta prioridade do direito à vida do nascituro** sobre quaisquer outros, com **exceção do direito à vida da mulher** – que, se necessário, deve ser protegido mesmo à custa da vida do nascituro –, entende-se que a pergunta título deste tópico não encontra resposta juridicamente admissível. Em qualquer situação, **a opção deverá ser pela vida do nascituro**, salvo se a ela se opuser o direito à vida da mulher que o gera.

4.4.5 Parto com vida em substituição ao aborto de nascituro que pode sobreviver

A palavra ***feticídio*** – que parece ter *ressuscitado* em função da polêmica sobre assistolia fetal – pode ser tomada como sinônimo de crime de aborto[450], mas

[449] Frise-se o "em tese", pois, presente a absoluta prioridade do direito à vida do nascituro, tal opção somente poderia ser exercida no caso de aborto necessário (CP, art. 128, I), quando a mulher teria as opções de (a) seguir a orientação médica de realizar o aborto, ou (b) opor recusa terapêutica ao abortamento (v. nota de rodapé nº 111), o que não é tão incomum (v. nota de rodapé nº 180). Como as demais hipóteses de aborto são antinômicas, já a própria opção pelo aborto deixa de ser juridicamente válida.

[450] Feticídio: "Aborto; expulsão ou morte provocada de um feto. [Jurídico] Crime que consiste num aborto intencional e provocado" (Disponível em: https://www.dicio.com.br/feticidio. Acesso em: 8 nov. 2024).

pode ser utilizada para designar qualquer ato legal ou ilegal, intencional ou não, doloso ou culposo que causa a morte do feto, ou, mais amplamente, do nascituro em qualquer das suas fases de desenvolvimento no organismo da mulher[451]. Na Resolução CFM 2.378/2024, consta que o "procedimento de assistolia fetal" é o "ato médico que ocasiona o feticídio, previamente aos procedimentos de interrupção da gravidez nos casos de aborto previsto em lei" (art. 1º). No contexto dessa Resolução, portanto, **feticídio é o resultado da promoção da assistolia cardíaca**, ou seja, a morte do nascituro provocada pelo *ato médico* a ela correspondente, o que, por óbvio, designa um **procedimento que deve ser aplicado por médicos**, ou sob orientação médica. Deve-se anotar, todavia, que a assistolia cardíaca não é o único meio capaz de provocar o feticídio, pois, tomando o termo no seu sentido etimológico (morte do feto), vê-se que também é causado pela aspiração a vácuo e pela curetagem, com curetas rígidas ou não, admitidas no início da fase fetal, assim como por meio dos medicamentos que provocam a indução do parto em estágio anterior àquele em que o nascituro possa sobreviver após nascido.

Antes de prosseguir, vale lembrar que, no plano do Direito Penal, **a presença do dolo é essencial para a tipificação penal**, com exceção dos crimes classificados como culposos ou, de ordinário, os decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia do agente. Ou seja, exige-se a presença desse específico *elemento subjetivo* – dolo ou a intenção de provocar o resultado danoso – nos demais tipos penais (crimes dolosos), o que resulta do disposto no parágrafo único do art. 18 do CP, segundo o qual "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente"[452].

Rigorosamente falando, **o fato do feticídio**, quer como resultado de ato médico, quer não, **pode ou não** implicar crime de aborto (punível ou não). Contudo, o **crime de aborto não é punível na forma culposa**, em nenhuma das suas modalidades, de modo que, para sua tipificação, há de estar presente ***dolo* no feticídio**, que, **quando não se verifica** – quando, p.ex., decorre de negligência, imperícia ou imprudência médica, ou mesmo de a mulher, durante a gestação,

[451] Não se entrará na questão de saber se o vocábulo *feticídio* deve ser empregado apenas em determinados contextos, como médico ou penal.
[452] Esses comentários bastam ao fins do presente estudo, mas a análise dos elementos subjetivos do crime desdobra-se em diversos aspectos (p.ex., *praeter dolum* ou preterdolo, dolo eventual, culpa consciente *etc*.).

consumir certos medicamentos ou até alimentos que têm efeitos abortivos, sem a menor intenção de provocar aborto em si – poderá até implicar a tipificação de algum crime culposo, mas **jamais o crime de aborto**[453]. É o que se extrai dos ensinamentos, p.ex., de Baldan (2020):

> Encontra-se tipificada apenas a figura dolosa do aborto, isto é, pelo delito responderá unicamente o agente animado pela vontade livre e consciente de interromper a gravidez e ou eliminar o produto da concepção, ou, ao menos, pela anuência ao previsto advento desses resultados. Inexiste figura culposa autônoma do crime. As figuras preterdolosas, a sua vez, trazem como antecedente doloso a ofensa à integridade física da mulher e como consequente culposo o resultado aborto ou aceleração de parto, estando previstas como formas qualificadas de lesões corporais (Código Penal, arts. 129, § 2°, V, e § 1°, IV, respectivamente). (Baldan, 2020, p. 8; sem sublinhas no original)

Parece, contudo, que essa lição não é muito clara, pois, de um lado, fala em *eliminar o produto da concepção*, mas, de outro, fala apenas em *interromper a gravidez*, não especificando se com ou sem a indução prévia ou concomitante da morte do nascituro. Essa aparente ausência de clareza pode ser resultado da confusão que se faz entre **interrupção da gravidez** como ***gênero* que compreende** tanto o ***aborto***, enquanto procedimento para obter um nascimento **sem vida** (um natimorto), quanto a **indução de parto para um nascimento com vida**[454]. Contribui para essa confusão, o fato de que **o CP também não é claro ao tipificar o crime de aborto**, pois apenas faz principiar a definição de todas as suas modalidades (arts. 124, 125 e 126) com a expressão *"provocar aborto"*. Todavia, o crime de aborto está inserido no Capítulo I – Crimes contra a vida, que faz parte do Título I – Crimes contra a pessoa, o qual encima a Parte Especial do CP[455]. Ou seja, parece não haver dúvida que **o direito protegido é a vida do nascituro** e que **é inerente a esse tipo penal que haja a morte do nascituro** prévia ou durante o abortamento. Com efeito, a **tipificação do crime de aborto**, em qualquer das suas modalidades, se dá quando a

[453] A negligência, imperícia ou imprudência médicas, ou simplesmente erro médico, podem ser punidas como crime culposo, além de sujeitar médicos/hospitais a ações civis de indenização por danos. Ações civis, no caso de morte de nascituro em decorrência de erro médico, não raro ocorrem, como se vê, p.ex., de nota do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/junho/obito-fetal-df-deve-indenizar-pais-por-negligencia-medica. Acesso em: 8 nov. 2024). No âmbito penal, porém, em regra isso não chega a acarretar consequências, pois, inexistindo dolo, a morte de nascituro por erro médico configuraria aborto culposo, que, como visto, não é tipificado como crime, incidindo o disposto no art. 5º, XXXIX, da CF.
[454] Tópico 2.1.
[455] Tópico 3.8.

sua prática decorre da **intenção dolosa de causar o feticídio**, ou seja, a supressão da vida do nascituro, por qualquer meio.

Dito em sentido contrário, parece ser certo que **não havendo intenção dolosa de provocar a morte do nascituro ou o *feticídio*, não haverá tipificação do crime de aborto** em nenhuma das suas modalidades[456]. Não fosse assim, os inúmeros procedimentos de parto a termo, pré-termo ou pós-termo levados a efeito com o **objetivo de produzir um nascimento com vida**, mas que, por motivos alheios a quaisquer dos envolvidos – médico obstetra, equipe hospitalar, parteira *etc*. e a própria mulher –, **acabam resultando na morte do nascituro pouco antes do parto**, teriam de obrigatoriamente ser investigados para confirmar ou descartar a ocorrência do crime de aborto em alguma das suas modalidades, em face de todos os envolvidos, até da mulher, o que parece beirar o absurdo[457].

Dessa feita, mesmo nas hipóteses fáticas que derivam do inciso II do art. 128 do CP e da ADPF/54, eventual **antecipação do parto** (a) com o **objetivo real e efetivo de obter um nascimento com vida**, a partir do momento em que haja viabilidade pós-parto e (b) mediante a adoção prévia ou concomitante dos **cuidados exigidos para assegurar a sobrevivência do nascido vivo** após o parto – ainda que pelo tempo que seja possível, como no caso de anencefalia – **não implicaria crime de aborto em nenhuma de suas formas**. Aquelas duas condições, porém, teriam de

---

[456] A indução do parto, porém, haverá de necessariamente ter por objetivo um nascimento com vida, pois, "caso ocorra, como produto da ação do agente animado pelo dolo de aborto, a mera expulsão do nascituro, desacompanhada de seu superveniente óbito, possível falar-se em tentativa de aborto, vez que, neste caso, ocorreu, propriamente, uma aceleração do parto e não, rigorosamente, aborto" (Baldan, 2020, p. 11; sem sublinhas no original).

[457] Igualmente, seria absurdo considerar que todas as hipóteses de morte de nascituros durante/logo após o parto haveriam de ser investigadas para averiguar a ocorrência do crime de homicídio (CP, art. 121). Não é disparatada, porém, a apuração de eventual ocorrência de negligência, imperícia ou imprudência do médico obstetra, equipe hospitalar, parteira *etc*. que possa ter dado azo à morte do nascituro antes do parto, se presentes indícios para tanto, ou, havendo suspeita de dolo, para investigar a ocorrência do crime de aborto previsto no art. 125 do CP (ou de homicídio, no caso de morte do RN durante ou logo após o parto). Porém, repita-se: situações da espécie não configuram crime de aborto, quando não animadas de intenção dolosa de abortar (v. nota de rodapé nº 453). A propósito, a emissão de declaração de óbito, quer de nascituro, quer de RN, salvo engano quanto à vigência, é regulada pela Portaria nº 116, de 11 de fevereiro de 2009, emitida pela SVS do MS, a qual só pressupõe a investigação policial no caso de morte de nascituros por causas externas, acidentais ou violentas (Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/2009/prt0116_11_02_2009.html). Casos em que não haja suspeita de violência são considerados como morte natural, decorrentes da causa apurada em diagnóstico médico. Não existindo diagnóstico, tenha ou não havido assistência médica, os óbitos são informados ao Serviço de Verificação de Óbito (SVO) da Rede Nacional de Serviços de Verificação de Óbito e Esclarecimento da *Causa Mortis* competente, para determinação da causa da morte, especialmente para fins epidemiológicos (Disponível em: https://svs.aids.gov.br/daent/cgiae/vigilancia-do-obito/servico-verificacao-obito/). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

ser atendidas e, no que tange à viabilidade pós-parto, não basta uma IG compatível com a sobrevivência após o nascimento, pois isso depende de outros fatores – como, p.ex., o peso do nascituro – e da atuação dos profissionais da saúde para reduzir o risco de ocorrência de deficiências graves no nascido vivo[458].

Como afirmado, não se teve acesso à Nota Técnica nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS, mencionada na Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS e as informações que nesta constam a respeito daquela são insuficientes para que se proceda à sua análise. De todo modo, é interessante observar que a última dessas notas técnicas pode ter gerado *insegurança aos profissionais de saúde* e, talvez, até uma *atmosfera de medo e intimidação* desses profissionais, não obstante seu item 3.17 atribua tais efeitos como provocados pela primeira delas. Indicativo desse *clima* parece ser a própria edição, pouco depois da emissão da nota técnica conjunta mais recente, da Resolução CFM 2.378/2004, que vedou o uso da assistolia cardíaca nos casos de aborto em gravidez resultante de estupro com IG acima de 22 semanas em que houvesse "probabilidade de sobrevida" (art. 1º)[459].

Pode não ser desarrazoada a preocupação demonstrada pelo CFM, pois, diante da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, poderia ocorrer o seguinte **caso hipotético**, extremo mas não inverossímil, nem de todo impossível: uma mulher, embora *sem qualquer impedimento anterior*, somente com *IG de 33 semanas ou mais* – ou seja, no último mês do último trimestre de gravidez – comparece a uma unidade do SUS (ou a outro serviço médico qualquer) *alegando gravidez resultante de estupro* e *exige a promoção de assistolia cardíaca* do nascituro para a realização do *aborto*, argumentando que a isso *teria direito* e até citando a Nota Técnica Conjunta 2/2024. Se o médico se recusasse a tanto, ainda que contra-argumentando que esse mesmo documento *não autoriza a indução da assistolia cardíaca em todos os casos*, mas apenas *quando indicada*, conforme expressamente reza seu item 3.15, e aduzisse que o procedimento recomendado no manual "Atenção humanizada ao abortamento" (Brasil, 2011b) – e, igualmente no manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b) – a partir do 3º trimestre de gravidez (IG maior ou igual a 25 semanas), é a indução do parto com vida, e não o

[458] Tópico 4.1.6.2.
[459] A Nota Técnica Conjunta 2/2024 é de 28 fevereiro de 2024 e a Resolução CFM 2.378/2024, de 21 março de 2024, embora publicada no DOU em 3 de abril de 2024.

abortamento, ficaria sujeito, não só a sanções do equipamento de saúde em que atua, como a ação judicial movida pela mulher em face dele (e/ou do hospital), visando, p.ex., indenização por *alegados prejuízos sofridos com a não promoção da assistolia cardíaca* no nascituro que, há pelo menos oito meses, gestava em seu organismo.

Casos hipotéticos à parte – assim como discussões filosóficas, sociológicas, ideológicas, político-partidárias *etc*. a que dão azo –, parece indene de dúvidas que a **sucessão de notas técnicas em sentido contrário**, em **curto espaço de tempo**, gera **insegurança jurídica** àqueles que são por elas atingidos. Aliás, a insegurança jurídica é um dos **piores escolhos que podem sobrevir no plano do Direito**, donde a necessidade de o legislador e seus intérpretes e aplicadores se ancorarem nos princípios jurídicos que regem o sistema jurídico ao qual se referem, para evitar aprovação de normas, emissão de interpretações e prolação de decisões que padeçam de incoerência sistêmica, outro dos graves problemas do Direito[460].

Essa, porém, aparenta ser a sorte dos PLs referidos, que parecem contribuir para a insegurança jurídica, em vez de abrandá-la, não sendo isentos de críticas do ponto de vista jurídico. O PL 1096/2024 objetiva a inserção de dispositivo no CP que equipara o feticídio, nas hipóteses das excludentes de punibilidade do aborto previstas no art. 128, aos crimes tipificados nos arts. 125 e 126, com aumento de pena. Porém, não cogita da hipótese de que, no aborto necessário (CP, art. 128, I), pode ser imperioso promover a assistolia cardíaca do nascituro para realizar o procedimento abortivo que preservará a vida da mulher, quando, a critério médico, não puder ser substituído por indução de parto para nascimento com vida. A mesma crítica pode ser endereçada aos demais PLs que lhe foram apensados e até à Resolução CFM 2.378/2004, na medida em que todos, de uma ou outra forma, vedam o feticídio, sem admitir a exceção do aborto necessário, que é de ocorrência possível, ainda que possa ser raro, quando se trata de gestação em adiantada IG. Além disso, mesmo a Resolução do CFM fixa uma dada IG (22 semanas), quando a possibilidade de sobrevivência após o parto pode se verificar em IG inferior, como “21 semanas e 6 dias” de que fala a Nota Técnica nº 44/2022-DAPES/SAPS/MS (tal qual citada na Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS), ou até antes disso, pois, como pontua Dulay (2022), a partir de 20 semanas já se pode dar um parto pré-termo ou *parto de*

[460] Tópico 2.3.

feto vivo, embora os riscos de morte após o nascimento e de deficiências graves sejam maiores quanto menor for a IG[461]. Desse modo, melhor seria que os PLs se reportassem à fixação de critérios de avaliação de riscos de partos prematuros, a exemplo das recomendações da BAPM (2019), o que, de todo modo, se insere na competência do CFM, o qual, ao menos do que se viu, andaria bem se não se ativesse apenas à IG, mas abordasse os demais fatores (como peso *etc*.) que sabidamente interferem na sobrevivência pós-parto e no desenvolvimento de deficiências graves.

Diante do que foi visto, anota-se que, aparentemente, **toda a celeuma** a respeito de **aborto de nascituros com IG por volta do início do 6º mês, ou mais** pode estar sendo provocada por **ausência de clareza** a respeito do que é aborto, do método abortivo empregado nessa idade gestacional, do que ele provoca ou pode provocar na mulher e do conhecimento de que existe alternativa jurídica que lhe não atrai, nem consequências penais, nem os deveres que a maternidade lhe imporia. Vale relembrar alguns pontos trazidos anteriormente:

a) RNs de partos naturais ou induzidos de nascituros com IG de cerca de 22 semanas (por volta do início do 6º mês de gravidez) – podendo ser menos considerados os avanços da Medicina –, têm possibilidade de sobrevivência fora do organismo da mulher, quando preencham os demais requisitos para tanto (como peso *etc*.) e lhes sejam dispensados os cuidados necessários para garantir sua sobrevivência e prevenir a ocorrência de deficiências graves; quando suas condições não lhes permitam sobrevida de mais de alguns minutos/horas ou dias após o parto, como no caso de anencefalia e nasçam de parto prematuro ou a termo, devem receber os cuidados paliativos que lhes possam ser dispensados;
b) as normas técnicas brasileiras admitem o abortamento medicamentoso no 2º trimestre de gravidez; no 3º trimestre, entretanto, essas normas técnicas não falam em aborto e tratam apenas da indução do parto, deduzindo-se que prescrevem a substituição do aborto pela indução do parto com vida, quando não há ocorrência natural (não provocada) de natimorto;
c) seja no 2º, seja no 3º trimestre de gravidez, os fármacos utilizados para promover o aborto são os mesmos empregados para a indução de parto

[461] Tópicos 2.1 e 4.1.6.2.

com vida, de modo que a interrupção da gravidez a partir do início do 6º mês de gravidez (último do 2º trimestre), aproximadamente, pode dar ensejo a um nascimento com vida (nascido vivo), ou sem vida (aborto);

d) para que, a partir dessa IG, ocorra um aborto propriamente dito (nascimento sem vida), não basta a indução do parto, pois é necessário previa ou concomitantemente ocasionar o feticídio, o que demanda a prática do ato médico que induz a assistolia cardíaca do nascituro (ou outro ato que lhe cause a morte); contudo, a promoção de assistolia cardíaca do nascituro não interfere, positiva ou negativamente, na duração do trabalho de parto para a expulsão do nascituro morto do organismo da mulher, quando comparado ao trabalho de parto para um nascimento com vida;

e) o feticídio para a promoção do aborto – um nascimento sem vida – só é admissível juridicamente quando o aborto é imprescindível para salvar a vida da mulher (CP, art. 128, I), inclusive em IG igual ou superior a 20-22 semanas, se for o caso; nas antinômicas hipóteses de aborto em caso de gravidez resultante de estupro (CP, art. 128, II) e de nascituro com anencefalia (ADPF/54) não há justificativa plausível para a promoção da morte do nascituro por assistolia cardíaca ou outro meio, e a indução do parto para um nascimento sem vida (aborto) deve ser substituída pela indução do parto para um nascimento com vida;

f) a legislação brasileira atual permite que a mulher, em qualquer época da gestação ou após o parto, disponha sobre a entrega do nascido vivo à adoção, de modo que, se o fizer, liberar-se-á dos deveres da maternidade e, pois, *não será obrigada a criar*, p.ex., a(o) filha(o) nascida(o) de uma gravidez resultante de estupro, ou, ainda que por pouquíssimo tempo, com anencefalia;

g) a interrupção de gravidez sem a intenção de um nascimento sem vida, ou, dito de outra maneira, com a intenção real de provocar um nascimento com vida não configura crime de aborto, pois esse crime exige a intenção dolosa de causar a morte do nascituro (ou feticídio).

De todos esses pontos, os mais relevantes para a mulher parecem ser: (a) o fato de que **o aborto** de nascituro com IG próxima ao início do 6º mês ou mais (20-22 semanas) **não isenta a mulher de passar pelo *trabalho de parto*** provocado pelos

fármacos utilizados, que pode ser mais ou menos longo; (b) **a mulher tem a faculdade de entregar a(o) filha(o) à adoção**, desobrigando-se dos deveres impostos pela maternidade, uma vez consumado o parto; e (c) **não há incidência de normas penais na promoção de nascimento com vida**, desde que ausente o dolo exigido em quaisquer das modalidades do crime de aborto, e, pois, nem se há de falar em exclusão de punibilidade desse crime. Assim, no caso de nascituro com IG por volta do início do 6º mês de gravidez em diante e estando presentes as demais condições para sua sobrevivência pós-parto, com o menor risco de desenvolvimento de deficiências graves possível, a indução de parto com vida não é só a mais coerente com o sistema jurídico brasileiro, mas a que **oferece à mulher o mesmo resultado de um abortamento** (liberar-se da *tortura* de gravidez levada até essa IG[462]) na forma dos antinômicos inciso II do art. 128 do CP e *decisum* na ADPF/54, **sem restrição de seus *direitos*** e **sem lhe atribuir o ônus de ter causado a morte de um nascituro**, cujas consequências futuras para ela, quanto à sua saúde mental e até física (dada a possibilidade de desenvolvimento de DCNTs), ainda estão longe de serem bem compreendidas[463].

Essa hipótese é desde já admitida pelo Direito brasileiro e foi arrolada como alternativa ao abortamento nos termos do CP, art. 128, II, e de anencefalia[464]. Não obstante, poderia ser consagrada por meio de alteração legislativa (inclusão de dispositivo no CP), ou de decisão judicial que deixasse claro: de um lado, (a) que a interrupção da gravidez por meio de indução do parto com o objetivo de um nascimento com vida não configura crime de aborto, estando presentes condições de sobrevivência do nascituro após o parto e seja garantido atendimento especializado ao RN para evitar a superveniência de deficiências graves, compreendendo-se que, no caso de anencefalia, os critérios serão outros, mas ele também tem direito de nascer e a todos os cuidados que se façam necessários; e (b) que a mulher grávida em decorrência de estupro, ou de gravidez de nascituro com anencefalia que, na forma da lei, entrega sua(seu) filha(o) à adoção durante a gestação, ou após o parto, desobriga-se dos deveres da maternidade, e, de outro, (c) que o feticídio por assistolia cardíaca do nascituro ou outro meio – qualquer que seja a IG – somente pode ser promovido como

[462] Mais uma vez, não se descura da impossibilidade de a mulher vítima de estupro buscar serviço médico imediatamente após a ocorrência do crime (v. tópico 4.1.6.2 e nota de rodapé nº 438) e, no caso de nascituro com anencefalia, que, embora o diagnóstico possa ocorrer a partir da 12ª semana de IG, normalmente se dá entre a 18ª e 24ª semanas (v. tópico 4.3.4).
[463] Tópico 4.2.14.
[464] Tópicos 4.1.6.2 e 4.3.6.

procedimento prévio ao aborto necessário para salvar a vida da mulher (CP, art. 128, I), inclusive no caso de risco de morte decorrente de sofrimento psíquico grave. Aliás, decisão que contemplasse esses aspectos seria a que melhor se prestaria a resolver o conflito posto na ADPF 1141/2024, no entendimento deste autor.

4.4.6 Objeção de consciência no abortamento

Tema que tangencia o aborto, notadamente no caso de nascituros com IG compatível com o nascimento com vida, é a **objeção de consciência do médico**. Esse assunto aparece frequentemente em discursos pró-aborto, buscando fundamento principalmente em propostas forâneas, dentre as quais o muitas vezes citado item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, no seguinte trecho, que convém seja reproduzido neste tópico:

> 8. [...] Os Estados Partes devem eliminar as barreiras existentes a um efetivo acesso das mulheres e jovens ao aborto seguro e legal, incluindo barreiras resultantes do exercício da objeção de consciência por indivíduos prestadores de serviços médicos, e não devem introduzir novas barreiras. [...].(sem sublinhas no original)

O *Voto* na ADPF/442, com referência a esse comentário e a decisões de tribunais estrangeiros, alinha que:

> A concepção de disponibilidade, associada ao direito de não discriminação e de liberdade, não abarca a recusa de prestação de serviços ou bens, por motivos de objeção de consciência, quando presente contexto de emergência, ou insuficiência do corpo profissional médico. Por isso, é dever dos estabelecimentos médicos formar corpo de profissionais heterogêneo, a fim de tutelar o direito à saúde, sem prejuízo da liberdade de consciência, mediada com as restrições inerentes ao cumprimento dos deveres e da ética médica. (p.72)

O assunto, evidentemente, toca a ética médica e a objeção de consciência é objeto de dois dispositivos do CEM, a saber:

> Capítulo I – Princípios Fundamentais
> [...]
> VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

> [...]
> Capítulo II – Direitos dos Médicos
> É direito do médico:
> [...]
> IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.
> [...].

Vê-se que, nos termos do CEM, em princípio o médico não está obrigado à prática de atos médicos contrários aos *ditames da sua consciência*, admitidas as exceções previstas no inciso VII do Capítulo I. Essas normas éticas, entretanto, não encerram o debate e dúvidas são levantadas a respeito do alcance da recusa da prática de atos médicos por objeção de consciência, o que é abordado com propriedade por diversos autores, dentre eles Clara N. Scherer e Mário A. Sanchez (2021), que analisam a questão sob diversos ângulos e propõem:

> [...] a seguinte conceituação: a objeção de consciência é o direito do médico de se recusar a realizar determinado ato médico legal, ato este percebido pelo profissional como danoso ao paciente e intrinsecamente imoral, a partir de uma base de valores fundamentada, razoável e claramente compreendida pelo objetor, devendo tal direito ser afastado em situações de risco iminente de morte, quando o ato for a única forma ética de salvar a vida em risco.
> Nessa proposta de conceituação pode-se encontrar todos os elementos considerados relevantes ao longo da pesquisa: o direito de liberdade de consciência do profissional; a objeção ao ato proposto, e não à pessoa que o propõe; a motivação lógica e consistente; a recusa com intenção obrigatória de não prejudicar o paciente; o fato de que quem objeta é o próprio profissional, em contraposição a outras situações de conflito como a recusa terapêutica; a impossibilidade de seu exercício quando o ato médico for a única forma de salvar uma vida em risco iminente de morte; e a manutenção da validade da objeção de consciência mesmo quando esta confronta a lei vigente. (Scherer; Sanches, 2021, p. 713; sem sublinhas no original)

Há de se concordar com esse conceito, em especial no que toca à **obrigação de o médico agir**, posto que contrariamente aos ditames da sua consciência, quando, **em situações de *risco iminente de morte***, não há outro profissional habilitado para *salvar a vida em risco*. Tal é o caso de situações de **urgência, ou emergência em promover o aborto para salvar a vida da mulher, inclusive por riscos decorrentes de sofrimento psíquico grave** oriundos de estupro, de diagnóstico de anencefalia do nascituro, e até de uma gravidez indesejada em que se conclua possa a mulher, a qualquer momento, tentar suicídio ou provocar autolesões que a levem à morte[465].

[465] Tópico 4.2.14; tb. tópico 4.1.7.

Contudo, a leitura do inciso VII do Capítulo I do CEM, que arrola as exceções à objeção de consciência do médico, pode gerar interpretações diferentes, dado o uso não muito preciso de conectivos. Não raro se entende que ali são listadas três exceções distintas, a saber: (a) ausência de outro médico capaz de realizar o serviço; (b) casos de urgência ou emergência; e (c) quando a recusa do médico pode trazer danos à saúde da(o) paciente. É o que se deduz do trecho acima citado do *Voto* e se vê no trabalho de Scherer e Sanchez (2021), que, porém, tece críticas fundadas à primeira das exceções listadas:

> Apesar de o CEM propor como exceção ao exercício da objeção de consciência a ausência de outro profissional substituto, não consideramos essa exceção suficientemente válida. Um profissional que se recusa a realizar determinado procedimento, conforme todos os critérios aqui estabelecidos, o faz de modo a não contrariar sua consciência, que indica, segundo sua razão, ser danosa ao paciente a realização do ato proposto. Assim, sua recusa se dá até mesmo em contradição ao que estabelece a lei, por ser sua convicção robusta, e a despeito de qualquer vantagem pessoal. Nesse contexto, na chamada "verdadeira objeção de consciência", a ausência de outro profissional disponível não afeta em nada a disposição dos fatos.
> Se o ato proposto é percebido pelo objetor como um mal, ainda que consentido pelo paciente, e mesmo não havendo outro profissional disponível para levá-lo a cabo, toda a argumentação em relação à objeção de consciência permanece válida. Não é razoável propor que alguém disposto a se posicionar vigorosamente contra algo que considera um mal – a ponto de confrontar a lei e gerar uma situação delicada e complexa na relação médico-paciente, por vezes sendo pessoal e profissionalmente prejudicado por sua escolha – subitamente abra mão de seus princípios apenas por não ter outro colega que possa substituí-lo. (Scherer; Sanches, 2021, p. 713; sem sublinhas no original)

Também se há de concordar com esses autores no sentido de que **a mera ausência de outro profissional** que possa praticar o ato requisitado pelo paciente – ressalvadas situações de urgência ou emergência e de a recusa causar danos à saúde da(o) paciente, as duas outras exceções normalmente vistas no CEM – **não se configura exceção válida ao direito ético de objeção de consciência do médico**. Entretanto, a imprecisa redação do inciso VII do Capítulo I do CEM gera dúvidas, como visto, e sua melhor interpretação é a que considera haver **apenas duas exceções à objeção médica de consciência**: (a) **ausência de outro médico** capaz de realizar o serviço **em casos de urgência ou emergência**; e (b) quando a recusa do médico pode trazer danos à saúde da(o) paciente. Portanto, **não é a simples ausência de outro profissional** que excepciona o direito ético de objeção de consciência, mas o fato de se verificar em um **contexto de urgência/emergência**

que obrigue o atendimento pelo profissional presente, de forma a resguardar a vida da(o) paciente. Essa parece ser a interpretação mais consentânea do citado dispositivo do CEM.

Bem! **dificilmente se verificará urgência ou emergência** que obrigue o *médico de plantão* ou o único disponível em dado momento no SUS, ou outro serviço médico a realizar um abortamento – frise-se: ato que implica a morte do nascituro, prévia ou concomitantemente à sua realização, por qualquer meio, em qualquer estádio de desenvolvimento – em situações que, muito provavelmente, dão ensejo justamente aos **maiores dilemas éticos**, quais sejam, o aborto: (a) no caso de gravidez resultante de estupro, (b) presente o diagnóstico de anencefalia, ou, (c) se vier a ser admitido pelo STF – o que não se espera, pois totalmente incoerente com o sistema jurídico brasileiro –, ao livre-arbítrio da mulher, quando, em qualquer dessas hipóteses, o **nascituro sabidamente tem condições de sobreviver ao parto**, ainda que a sua sobrevida seja de apenas alguns poucos minutos/horas ou dias.

Não se descura que, nos dois primeiros casos (estupro e anencefalia), possa haver necessidade de atendimento médico urgente ou emergente para salvar a vida da mulher. Mas se há de convir que, **afora situações que implicam risco iminente de morte para a mulher**, em quaisquer outras hipóteses o abortamento se configura como um **procedimento eletivo, facultativo**, que pode ser marcado com antecedência, **sem que precise ser imposto *ao médico disponível naquele exato momento*** no estabelecimento de saúde, **mas que a ele se oponha por objeção de consciência**. Dessa forma, salvo na hipótese de ser necessário o imediato abortamento para salvar a vida da mulher, qualquer que seja a causa da gravidez (CP, art. 128, I), **o direito ético de o médico negar-se a promovê-lo por *verdadeira* objeção de consciência não pode jamais ser afastado**. De outro lado, em quaisquer dessas hipóteses em que não haja iminente risco de morte para a mulher, é possível *agendar* o (antinômico) abortamento, em data que seja *conveniente* para a mulher, **com médico que não se oponha a realizar os procedimentos necessários** para tanto, inclusive a **promoção prévia de assistolia cardíaca do nascituro**, se for o caso.

Compete verificar que o **direito ético de se opor de consciência** não se resume ao médico e **se estende a outros profissionais de saúde**. É o que se vê, p.ex., no trabalho de Marco A. G. Machado e Regiane Nistler (2021), que versa sobre a objeção de consciência em caso de aborto, e acertadamente aponta que “a objeção

de consciência é entendida como um direito individual [...] de todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente nos cuidados de saúde", compreendidos, p.ex., "psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros, farmacêuticos ou pessoal administrativo, cada um em seu próprio papel" e isso "sempre que a integridade moral [ética] de uma delas for desafiada pela exigência de uma paciente" (p.262)[466].

Se algo se pode acrescentar e indo ao encontro das conclusões de Scherer e Sanchez (2021), é a consideração de que **nem por lei poderá ser afastado o direito ético de objeção de consciência** do médico e, por extensão, de qualquer outro profissional da saúde que o possa opor. Isso porque, se a garantia ao direito de liberdade assegurado no *caput* do art. 5º da CF encontra limite na lei, segundo a sentença do inciso II desse artigo ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), a **liberdade de consciência goza de *status* superior**, na medida em que, nos termos do inciso VI do art. 5º da CF, trata-se de direito **inviolável**[467]. Por essa razão, em face da atual CF, **a objeção de consciência na prática do aborto** – salvo para salvar a vida da mulher, repita-se – **não se constitui em *barreira*** a acesso ao *aborto legal e seguro* **que possa ser simplesmente *eliminada* no Brasil**, como sugere o item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP. Para mais, dado o suporte constitucional do inciso VI do art. 5º da CF à liberdade de objeção de consciência – aliado a tudo quanto foi explanado sobre o direito à vida do nascituro desde a concepção –, também **não pode ser imposto a médicos** e a outros profissionais de saúde que atuem no SUS, ou em serviços de saúde privados, como hospitais, maternidades, clínicas de obstetrícia *etc*., **o dever de *não opor objeção de consciência*** ou obrigações similares, em particular em relação ao aborto[468].

---

[466] Esse trabalho aborda, como "caso inverso" da questão, o que pode decorrer de situação em que "o médico tem a intenção de praticar um aborto, contra a vontade da mulher grávida", mas deve "se abster e respeitar a vontade da gestante" (Machado; Nistler, 2021, p. 257), sob pena de cometer o crime capitulado no CP, art. 125. Esse tipo de atitude da mulher, em realidade, configura recusa terapêutica, como apontam Scherer e Sanchez (2021) (v. notas de rodapé nºs 111 e 449), e não, propriamente, um *caso inverso* de objeção de consciência. Muito embora aí se possa estar diante de uma questão conceitual ou de definição e emprego de vocábulos e expressões, há, além dessa, outras considerações no trabalho de Machado e Nistler (2021) com as quais não se concorda totalmente, mas são divergências pontuais que não afetam o quanto aqui expresso.

[467] CF: "Art. 5º [...]: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...]".

[468] Essa conclusão implica que o direito à objeção de consciência do médico e outros profissionais de saúde não pode ser suprimido nem direta, nem indiretamente, como, p.ex., por meio de exigências descabidas de *não exercer objeção de consciência* para participar de concursos públicos, exercer

Impende lembrar: **o primeiro e principal dever ético-legal do médico é salvar vidas, não as extinguir**, com a única exceção notável do abortamento para salvar a vida da mulher. Pensar de modo contrário, seria afastar de todo a proteção do direito à vida garantido pela CF – inclusive ao nascituro desde a concepção, em caráter e prioritário – e **transformar o médico em *juiz* e *verdugo***, pois teria, ao mesmo tempo, **poderes para proferir uma *sentença de morte* e para *executá-la***, em qualquer situação e em relação a quem quer que seja[469].

4.4.7 Admissibilidade da assistolia cardíaca do nascituro para salvar a vida da mulher

Para finalizar, anota-se que, ao longo dos tópicos anteriores, basicamente se falou sobre a promoção de assistolia cardíaca do nascituro apenas para a realização de aborto necessário (CP, art. 128, I) e nas antinômicas hipóteses de gravidez resultante de estupro (CP, art. 128, II) e de nascituro com anencefalia (ADPF/54). Porém, **as mesmas considerações aqui tecidas se aplicam** às autorizações de aborto de **nascituros com outras anomalias graves**, que vêm sendo deferidas por tribunais brasileiros, as quais serão abordadas à frente[470], e, **com mais razão, ao aborto ao livre-arbítrio da mulher** que é objeto da ADPF/442[471].

Por tudo quanto já foi visto, a única hipótese de aborto realmente coerente com o sistema jurídico brasileiro é a do **aborto necessário**, ou seja, para salvar a vida da mulher, desde que não haja outra alternativa, e a excludente de punibilidade do CP, 128, I, compreende a adoção de todas as medidas para tanto indispensáveis, dentre as quais a promoção da assistolia cardíaca do nascituro. No aborto necessário – que não possa ser evitado por outro meio –, **o que importa é salvar a vida da mulher**, inclusive no caso de sofrimento psíquico grave que possa causar riscos iminentes à sua vida, e, para isso, é juridicamente admissível quitar a vida do

---

cargos e funções públicas, ou para preenchimento de vagas em estabelecimentos particulares. Exigências dessa sorte são inconstitucionais.

[469] Esse raciocínio é válido em outras situações, como as relacionadas à eutanásia. Tal assunto, porém, foge aos objetivos do presente estudo e merece tratamento à parte, dadas outras infindáveis polêmicas que o envolvem.

[470] Tópico 5.2.1.

[471] Tópico 4.2.

nascituro, qualquer que seja sua IG, se não se puder resguardá-la sem agravo do risco de morte que corre a mulher.

No entanto, **nenhuma das demais hipóteses de aborto é coerente com o sistema jurídico brasileiro** e as correspondentes **excludentes de punibilidade são antinômicas**, ainda que previstas em lei ou oriundas de decisões do STF e de outros tribunais brasileiros. Consequentemente, **o feticídio por assistolia cardíaca** ou qualquer outro meio praticado em hipóteses antinômicas de aborto, em realidade, **configura crime de aborto** e, como tal, haveria de ser punido na forma da lei. Todavia, essas antinomias encontram-se presentes no Direito brasileiro e abortos nelas amparados ocorrem e, infelizmente, continuarão a ocorrer, **enquanto não forem extirpadas** do repertório do sistema jurídico nacional. Em razão disso, nas hipóteses antinômicas de aborto:

a) **a assistolia cardíaca justifica-se** no caso de nascituro que não reúne condições de nascer com vida, mas **já apresenta nociceptores** (a partir da 10ª semana de IG, aproximadamente) e, portanto, pode ser capaz de sentir dor;
b) a partir do momento em que o nascituro **pode nascer com vida** (por volta do início do 6º mês de gravidez em diante), **não há cabida a promoção do feticídio por assistolia cardíaca ou qualquer outro meio**, pois já o aborto é absolutamente incabível e, juridicamente, deve ser substituído pela indução do parto para um nascimento com vida, o que se revela menos danoso para a mulher, a qual pode entregar a(o) filha(o) por nascer ou nascida(o) à adoção, em qualquer caso, liberando-se dos deveres da maternidade;
c) é **totalmente legítima a objeção de consciência do médico** para a realização de abortamento (e promoção de prévia assistolia cardíaca, se for o caso) em quaisquer das antinômicas excludentes de punibilidade do crime de aborto e, particularmente, quando o **nascituro apresenta condições de nascer com vida**.

CAPÍTULO 5

FALHAS ESTATAIS QUANTO A DIREITOS SEXUAIS, REPRODUTIVOS E OUTROS

Um popular adágio estadunidense adverte: *se você acha que a educação é cara, experimente a ignorância*[472]. No caso do Brasil, **o custo da ignorância a respeito de questões relacionadas ao aborto** – saúde e educação sexual/reprodutiva, orientação quanto a planejamento familiar e a métodos contraceptivos, prevenção da anencefalia e outras anomalias do nascituro *etc*. – **é a vida humana,** seja de nascituros abortados, seja de mulheres que optam pelo aborto inseguro e se sujeitam a risco de morte. Infelizmente, ao menos em larga medida, **esse custo é resultado de ineficiência do Estado brasileiro**, como pode ter ficado claro anteriormente, mas impende seja abordado especificamente, ao menos em relação a três temas.

O primeiro deles diz respeito, em particular, às políticas relativas à contracepção, seguramente a melhor medida para evitar abortos inseguros – pois, ao tempo em que previne gravidezes indesejadas, inclusive decorrentes de estupro, contribui para as metas internacionais de redução do aborto até a sua eliminação e, do ponto de vista jurídico, se revela dotada da mais estrita racionalidade e se configura como a mais proporcional dentre as imagináveis –, bem como à proteção que é devida pelo Estado brasileiro à maternidade, como meio de eliminar fatores que podem ensejar o aborto inseguro.

Na continuidade, se abordará o aborto eugênico, o qual, na análise deste autor, pode assumir as faces de aborto utilitarista, higienista e xenofóbico, que podem ocorrer e ser atribuídos, no mínimo, a uma *certa dose de inércia estatal*. Por último e ainda que possa ser estranho em um estudo que aborda um assunto que diz respeito mais diretamente à mulher e aos direitos a ela atribuídos, se entendeu conveniente fazer uma breve incursão, a título de *obiter dictum*, sobre a situação do homem – igualmente desatendido pelo Estado brasileiro em diversos aspectos –, para fechar alguns comentários que foram trazidos ao longo do texto, em geral em notas de rodapé, como

[472] Há discussões sobre a autoria dessa frase, cuja versão em inglês é "*if you think education is expensive, try ignorance*", semelhante a outras utilizadas nos EUA para justificar os altos custos da educação naquele país, mas seu autor parece ser Robert Orben (Disponível em: https://quoteinvestigator.com/2016/05/03/expense/. Acesso em: 8 nov. 2024).

os que enfocaram, p.ex., a atual tipificação do crime de estupro e a violência doméstica, dos quais também pode ser vítima, inclusive quando praticados pela mulher.

5.1 FALHAS NAS POLÍTICAS ESTATAIS EM FACE DO ABORTO INSEGURO

A circunstância de que **a prevenção do aborto inseguro se centra fundamentalmente no fornecimento concreto e eficaz** de serviços em saúde/educação quanto à saúde sexual e reprodutiva da mulher (e do homem), ao planejamento familiar e, em especial, a **métodos de contracepção** parece ser **fato inconteste**. Isso é afirmado não só no referido Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, mas também corroborado no próprio *Voto* proferido na ADPF/442, que alinha tais medidas como "ferramentas capazes de operar a redução das taxas aborto" (p.116), e é comprovado pelas experiências internacionais que viram o número de abortos diminuir com a implementação de políticas institucionais, em especial, de contracepção[473].

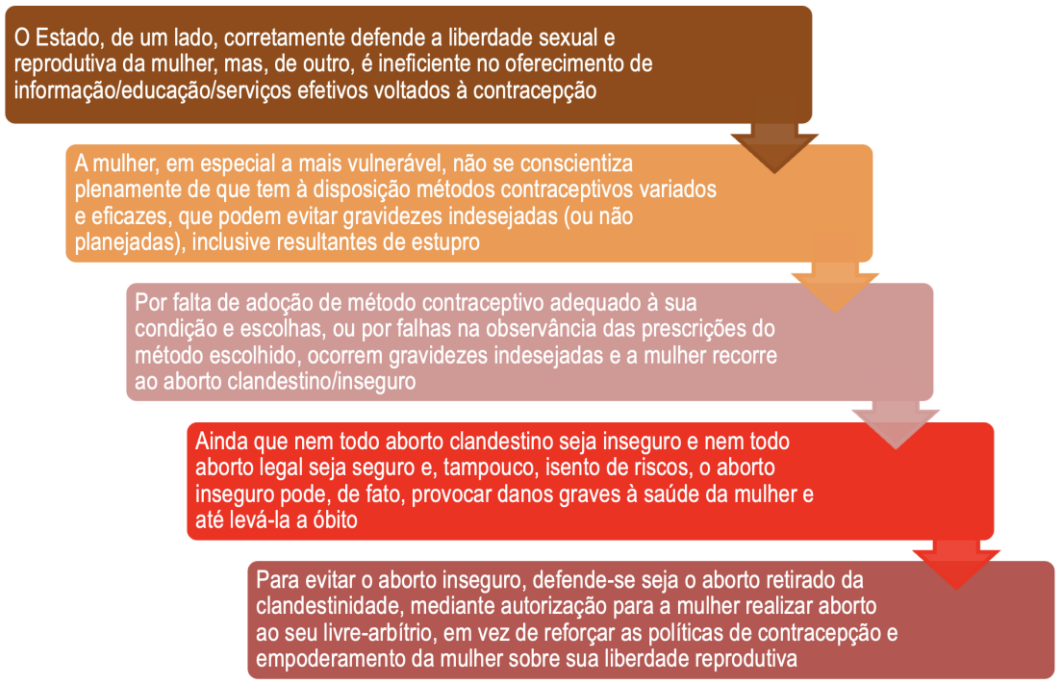
5.1.1 O vicioso esquema que mascara as falhas estatais em face do aborto inseguro

Infelizmente, movimentos sociais que teriam legitimidade para exigir do Estado atuação efetiva e eficaz no sentido da real defesa da saúde e da vida da mulher, com a redução de abortos de qualquer natureza, parecem **mais preocupados em obter uma inconstitucional e incoerente autorização para o aborto ao livre-arbítrio da mulher**, que com a adoção e reforço de políticas públicas – as quais já se encontram disponíveis em grande medida no Brasil – para evitar gravidezes indesejadas, que muito provavelmente ensejam a grande maioria dos abortos inseguros que ocorrem clandestinamente no Brasil. Ou seja, **o que de fato pode reduzir riscos à saúde e à vida da mulher resultantes de abortos inseguros** – isto é, o reforço das políticas públicas que visam a lhe assegurar conhecimento e acesso a métodos contraceptivos variados, eficazes e adequados às suas condições e escolhas – **é relegado a segundo plano** pelo *desfraldar da bandeira do aborto ao livre-arbítrio da mulher*.

[473] Tópico 4.2.13.

Isso dá azo ao “ciclo vicioso e com impacto proeminente sobre a mulher” de que fala o *Voto* na ADPF/442 (p.85), mas que melhor pode ser compreendido como um **esquema vicioso**, que, quando menos, **relativiza a proteção do direito à vida humana do nascituro**, sem propugnar, de forma veemente e clara, pela adoção de medidas que realmente protegem a saúde e a vida da mulher, inclusive contra estupro e outros crimes sexuais, o que às vezes parece até *algo orquestrado ou construído* para **desviar o foco do problema ou tergiversar sobre sua causa principal** – ou, quem sabe, para finalidades inda mais reprováveis[474]. Esse esquema vicioso pode ser visto na Figura 7, à frente, na qual se percebe, de plano, a falácia da conclusão de que dele resulta, pois **os riscos que o aborto inseguro significam para a saúde e a vida da mulher** que o pratica em si ou a ele se submete são, principalmente, **efeito da ineficiência estatal na condução das políticas públicas de saúde e de educação sexual e reprodutiva da mulher**, compreendida a prestação de informações claras e precisas sobre métodos contraceptivos – inclusive sobre contracepção de emergência quando cabível – e as vantagens da sua adoção, assim como seu fornecimento às mulheres que deles necessitem.

Figura 7 – Esquema vicioso da ineficiência do Estado quanto à prevenção do aborto inseguro



Fonte: elaborado pelo autor (2024).

[474] Tópico 5.2.3.

A ineficiência estatal, sem desdita, revela-se ofensiva à CF, o que desponta do próprio *Voto*. Com efeito, ali se afirma que "a insuficiência da prestação estatal protetiva configura, em si mesma, uma afronta à garantia inscrita no texto constitucional" (p.124), pois de fato assim é, embora não se possa apoiar o *decisum* ali proposto, no sentido de autorizar o aborto como opção ao livre-arbítrio da mulher, dada sua antinomia em relação ao sistema jurídico brasileiro e a falácia apontada pelo esquema vicioso apresentado acima.

Essa falácia também é deduzida das Conferências do Cairo e de Pequim, antes referidas. Ambas apontam que o aborto *clandestino* e *ilegal* é um problema de saúde pública (pois, quando inseguro, pode levar à morte de mulheres que por ele optam), porém, delas deflui claramente que uma das suas **principais causas** – senão a principal e determinante – consiste na **precariedade de serviços de saúde pública e de informações às mulheres**, notadamente no que tange a **métodos contraceptivos**, que podem prevenir as gravidezes indesejadas. A Conferência de Pequim, a esse propósito, afirma a "a necessidade urgente de evitar a gravidez não desejada" (item 83, "l"). Por isso, em diversos de seus itens, as Conferências prioritariamente incentivam os Estados participantes a adotarem **políticas sérias, efetivas e de qualidade de saúde e de educação**, plenamente **acessíveis tanto a mulheres quanto a homens**, sobretudo quanto à adoção de **métodos contraceptivos adequados especialmente pelas mulheres** para evitar gravidezes não desejadas/planejadas. Em igual linha, o muitas vezes citado item 8 do Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP dispõe que os Estados Partes "devem garantir o acesso das mulheres e homens", especialmente a jovens de ambos os sexos, a "informação e educação sobre saúde sexual e reprodutiva de qualidade e baseada na evidência e a uma ampla variedade de métodos contraceptivos de custo acessível" (sem sublinhas no original)[475].

A esse propósito, foi sobejamente dito, mas nunca é demais reforçar, que o direito à vida é garantido pela CF desde a concepção do nascituro em desenvolvimento no organismo da mulher, em caráter de **absoluta prioridade** (cláusula pétrea de superior hierarquia em essência). O direito à vida é o "direito supremo", como diz o Comentário Geral nº 36, logo no seu item 2, "do qual nenhuma derrogação é permitida", com

[475] No original consta *contracetivo* (português de Portugal), em vez de contraceptivo (v. nota de rodapé nº 190).

"importância crucial tanto para os indivíduos como para o conjunto da sociedade" e "precioso em si mesmo, enquanto direito inerente a todos os seres humanos", porquanto se trata de "um direito fundamental, cuja proteção efetiva constitui uma condição indispensável ao gozo de todos os outros direitos humanos e cujo conteúdo se pode inspirar no de outros direitos humanos" (sem sublinhas no original).

Bem por isso, ou seja, porque **o direito à vida, já a partir da concepção, é a base de existência e de sustentação de todos os outros direitos humanos**, a Conferência do Cairo principia seu multicitado item 8.25 afirmando, de forma peremptória, que "em nenhuma hipótese o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar" e, no seu corpo, estabelece que "todos os governos e organizações intergovernamentais e não-governamentais são instados a reforçar seus compromissos com a saúde da mulher" e, tendo em conta o "aborto inseguro na saúde como uma preocupação de saúde pública", deverão "reduzir o recurso ao aborto, ampliando e melhorando os serviços de planejamento familiar" (sem sublinhas no original). Logo em seguida, reforça que "à prevenção de gravidezes indesejadas deve ser dada sempre a mais alta prioridade e todo esforço deve ser feito para eliminar a necessidade de aborto" (sem sublinhas no original)[476]. Desse modo, a despeito de algumas leituras que possam ser feitas por grupos pró-aborto, a Conferência do Cairo **não *estimula* a liberalização do aborto**, mas, ao contrário, **incontestavelmente propugna pela redução do *recurso ao aborto***, por meio de medidas como a melhoria dos serviços de planejamento familiar – para o que não concebe o emprego do aborto, repita-se – e dos serviços estatais que visem ao **objetivo de prevenção de gravidezes indesejadas por meio de métodos contraceptivos**, tendo-se presente que certos métodos (como anticoncepcionais e DIU de/com cobre) também podem proteger as mulheres de gravidezes resultantes de estupro.

O Brasil, com a atual CF, implantou o SUS e esse serviço é elogiado mundialmente, servindo de modelo para outros países. Contudo, em que pesem opiniões em contrário e o *Voto* afirme que se constata declínio nas taxas de "mortalidade materna e, por consequência, dos abortos" (p.112) em razão de políticas públicas de prevenção de riscos à saúde e à vida da mulher, percebem-se **claras e graves falhas estatais** nessas políticas, as quais são de, ao menos, duas ordens:

[476] Tópico 4.2.12.

a) **falta de foco na prevenção da gravidez indesejada**, por meio da prestação ativa e eficiente de serviços de saúde e educação sexual e reprodutiva da mulher e de planejamento familiar, com oferecimento efetivo de métodos contraceptivos; e
b) insuficiência de medidas visando à persecução penal dos acusados de crimes sexuais contra a mulher e para prevenir a ocorrência desses crimes[477].

Esse quadro é ainda pior, quando se verifica que as **falhas ou ineficiências estatais da espécie afetam justamente mulheres vulneráveis economicamente**, em especial, as *vulneráveis entre as mais vulneráveis*, na expressão do *Voto* na ADPF/442, ou seja, *pobres, com baixa escolaridade, residentes em áreas periféricas e sub-remuneradas*. Isso é revelado pelo citado relatório Saúde Brasil 2018 (Brasil, 2019), em trechos que, conquanto voltados à análise dos agravos resultantes de violência contra a mulher, bem expõem essa situação:

> [...] A maioria das mulheres com notificação de violência e óbito por causas externas era branca (54,5%), com ensino fundamental I ou II (63,1%), solteira (58,0%) e residentes em municípios de até 500 mil habitantes (78,4%) ([...]).
> A análise da raça/cor revelou maioria de vítimas negras entre adolescentes (52,6%) e jovens (52,0%). Em todas as faixas etárias, observou-se a baixa escolaridade (8ª séria/9º ano ou menos), com destaque para as jovens (61,5%), adultas (66,2%) e idosas (83,7%). Entre as mulheres adultas, 38,3% eram casadas; no grupo de idosas, 40,2% eram viúvas. Mais de 1/3 dos municípios de residência das mulheres adolescentes, jovens, adultas e idosas possuía até 50 mil habitantes ([...]). (Brasil, 2019, p. 220; sem sublinhas no original)

> Com relação à escolaridade, observou-se que a maioria das jovens e das mulheres adultas que morreram por causas externas possuía baixa escolaridade (ensino fundamental I ou II). Estudo realizado com mulheres atendidas em serviços de urgências e emergências evidenciou a associação do atendimento por violência intrafamiliar com a pior condição socioeconômica da vítima, mensurada pela menor escolaridade e sem atividade laboral remunerada.
> A análise dos óbitos por causas externas de mulheres com notificação prévia de violência ocorreu de forma abrangente em todos os portes de municípios, com destaque para aqueles com até 50 mil habitantes e de 100 a 500 mil habitantes. Um estudo mostrou tendência recente de crescimento da taxa de mortalidade por homicídio nesses municípios no Brasil, para ambos os sexos, o que reflete o aumento da violência comunitária nesses locais. Entretanto, no caso das violências contra as mulheres, aquelas que residem em

[477] Tópico 4.1.8, em particular 4.1.8.9 e 4.1.8.10. A essas ineficiências ainda pode ser aduzida uma terceira, que diz respeito à prevenção da anencefalia, mediante o fornecimento de suplementação adequada de ácido fólico, assim como à prevenção possível de outras doenças e anomalias letais ao nascituro enquanto tal, ou que reduzam suas chances de sobrevida após o parto, ou de que lhe resultem deficiências severas, o que, porém, será abordado à frente (tópico 5.2.2).

> municípios menores podem ter mais dificuldade de acesso aos serviços públicos e proteção para romper com a violência intrafamiliar. Assim, novos estudos precisam ser desenvolvidos para explorar a rede de proteção e atenção às mulheres vítimas de violência nas áreas rurais, ribeirinhas e quilombolas, bem como o efeito da violência comunitária no contexto privado. Este trabalho demonstrou, também, o elevado grau de repetição das violências notificadas em mulheres que foram a óbito por causas externas, demonstrando caráter crônico e perverso dessas vivências e a fragilidade da rede em prover cuidados de saúde e de proteção. Estudos mostram que os episódios de violência tendem a se tornar progressivamente mais graves com o passar do tempo. Estudo sobre o assassinato de mulheres mostrou que grande parte possuía história de violências reiteradas e tentava obter a separação, especialmente nos três meses que antecederam o crime. (Brasil, 2019, p. 226; sem sublinhas no original)

As mulheres mais vulneráveis e mais sujeitas à violência e à ocorrência de gravidezes indesejadas – como é apontado, não só nesse como em diversos trabalhos que abordam o assunto – são justo as que, não raro, têm **maiores dificuldades de compreender conceitos** básicos ligados à saúde em geral e mais ainda os **correlatos à saúde sexual e reprodutiva**, ao planejamento familiar e **à contracepção**, quer porque não tiveram acesso a uma educação de qualidade, quando crianças e jovens, quer porque padecem de dificuldades cognitivas resultantes de desnutrição e outros fatores, incluída a violência doméstica, que podem remontar aos seus próprios períodos gestacional e infantil. São mulheres que, por vezes, até ignoram que esses serviços são prestados pelo SUS, ou nem sabem qual das suas unidades lhes deve assistência – e o Estado parece nada ou quase nada fazer para minorar esses **problemas básicos** que dizem respeito à educação não só sexual/reprodutiva, mas **mormente à educação em geral** – e, quando o descobrem, a ele não recorrem em razão da distância de seus domicílios (quando os possuem), ou da falta de recursos financeiros sequer pra tomar um ônibus – o que pode indicar falhas de outras ordens na rede de proteção à mulher.

5.1.2 Falhas do Estado nas políticas de educação e saúde sexual/reprodutiva e contracepção

Esses e outros problemas ligados à prestação dos referidos serviços de saúde e educação à mulher, principalmente quanto à contracepção, são as **verdadeiras *barreiras*** que **hão de ser removidas pelo Estado brasileiro**, de modo a **prevenir gravidezes indesejadas**, em especial na adolescência. Além de tais medidas

permitirem a *redução do recurso ao aborto* até à *eliminação de sua necessidade*, preconizada na Conferência do Cairo, podem trazer o *saldo positivo* da **evitação de gravidezes decorrentes de estupro**.

Evidentemente, o Estado não pode obrigar nenhuma mulher (e nenhum homem e nenhum casal[478]) a adotar método contraceptivo algum, pois o planejamento familiar é direito de livre estipulação do casal, da mulher e/ou do homem[479]. Porém, **isso não é *desculpa* para o Estado deixar de oferecer largamente esses serviços**, em particular no que se refere à ampla divulgação de informações sobre contracepção e métodos contraceptivos **especialmente voltadas à mulher**, não porque o homem não tenha responsabilidade na gravidez, mas porque, naturalmente, **é a mulher quem engravida** e, seja uma gravidez desejada ou não, planejada ou não, **será ela quem haverá de levar a gestação até o seu termo**, salvo se, em função disso, correr risco de morte (CP, art. 128, I). E, principalmente, **não constitui escusa ao realce** que deve ser aposto continuamente pelo Estado ao fato de que **o exercício da plena liberdade sexual e reprodutiva da mulher passa**, necessariamente, **pelo controle que ela própria exerça quanto à sua opção de conceber, ou não um outro ser humano** – ambas escolhas juridicamente válidas, a serem livremente exercidas, quer como indivíduo, quer como integrante de um casal –, tendo sempre em conta, porém, que **a opção de não conceber, ou seja, não engravidar depende**, necessariamente, **da adoção de algum método contraceptivo**, o mais adequado às suas condições e escolhas pessoais, profissionais, acadêmicas, políticas *etc*., pois **é absolutamente antinômica a opção de outorgar-lhe direito de abortar ao seu livre-arbítrio**, assim como o são a de abortar no caso de gravidez resultante de estupro, ou de nascituro com anencefalia, como reiteradamente apontado.

Tal assertiva vem em linha direta com o disposto no item 17 da Conferência de Pequim: "O reconhecimento explícito e a reafirmação do direito de todas as **mulheres de controlarem todos os aspectos de sua saúde**, em especial o de **sua própria fertilidade**, é **essencial ao seu empoderamento**" (sem grifos no original). Relembre-se que, conquanto a Conferência de Pequim tenha aposto um adendo ao item 8.25 da Conferência do Cairo, reafirmou seus termos e, portanto, **não admite o**

[478] O termo casal compreende entidades unifamiliares, trisais *etc*. (v. nota de rodapé nº 312 e tópico 5.3).
[479] Tópico 4.2.13.

aborto como método de planejamento familiar, ou, em outros termos, **de *controle da fertilidade* feminina**.

Se a célebre *queima dos sutiãs* é um dos marcos iniciais dos movimentos feministas[480], **o que verdadeiramente permitiu liberdade sexual e reprodutiva à mulher foi a invenção da pílula anticoncepcional**, após a II Guerra Mundial. Embora reações contrárias à sua adoção, inclusive de parte do movimento feminista, foi a partir dessa invenção que foram desenvolvidos **diversos outros métodos contraceptivos, incluídos não hormonais**[481], que, por sua variedade, são capazes de atender, se não a todas, ao menos à imensa maioria das mulheres e lhes facultar controle pleno sobre a opção de engravidar ou não, e – quiçá mais relevante – de forma autônoma, independentemente do homem. É essa a **autêntica autonomia e autodeterminação que a mulher tem e juridicamente pode exercer**, em relação à própria capacidade de se reproduzir, porquanto a alternativa do aborto esbarra, de plano, na vida do nascituro que se desenvolve no seu organismo e goza de proteção constitucional em caráter de **cláusula pétrea de superior hierarquia em essência**.

Contudo, a tanto parecem se opor alguns discursos que **minimizam esse verdadeiro poder feminino de controlar a própria fertilidade** e que permite à mulher exercer plenamente sua liberdade sexual e reprodutiva. É o que se pode ver, p.ex., na reportagem de Ingrid Rodrigues (2022), que, de um lado, aponta que "o advento tecnológico da pílula hormonal trouxe inúmeras transformações para a gestão contraceptiva", o que, segundo uma das entrevistadas, a sexóloga e ginecologista Anamarya Rocha, "permitiu à mulher maior controle sobre sua reprodução e foi interpretada como uma importante conquista no processo de busca pela igualdade de gênero, libertando da maternidade compulsória". A outra entrevistada, a psicóloga feminista Lavínia Palma, complementa dizendo que

---

[480] Segundo consta, em verdade não chegou a ocorrer a "queima de sutiãs" em *Atlantic City* (EUA), mas o protesto que ficou conhecido por aquele nome é um dos principais marcos do início do movimento feminista (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Queima_de_sutiãs&oldid=66520387. Acesso em: 8 nov. 2024).

[481] Reportagem de janeiro de 2024 do Jornal da USP (Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/os-impactos-da-criacao-da-pilula-anticoncepcional-na-emancipacao-da-mulher/. Acesso em: 8 nov. 2024), informa que, "no ano de sua criação, a pílula anticoncepcional não era recomendada pelas mulheres participantes de movimentos feministas, que alegavam um excesso de hormônios na composição do contraceptivo", mas pondera que "atualmente a tecnologia das pílulas anticoncepcionais mudou e os motivos para sua utilização também". Desse modo, ainda que alertando que "na medicina, não existem práticas sem risco de eventos adversos", esclarece que "os médicos conseguem determinar tratamentos contraceptivos mais adequados para cada caso particular", tomando "em consideração a alternativa que oferecerá mais benefícios do que riscos" à mulher.

aquela inovação promoveu uma revolução que "'não foi só da mulher, como também da sexualidade', pois mudou os hábitos sexuais e, principalmente, ajudou a desvincular o prazer feminino da reprodução" (não p.).

A última entrevistada, porém, aponta um *outro lado*: "enquanto uma mulher pode engravidar apenas uma vez a cada nove meses, mesmo transando diariamente, um homem pode engravidar milhares de mulheres nesse período" (não p.; sem sublinhas no original). **Isso é inerente à dimensão biológica da mulher**, mas, para a psicóloga, "essa relação, entre tantas outras, reforça que, apesar de marcar a liberdade sexual feminina, a pílula anticoncepcional e os demais métodos contraceptivos hormonais femininos, descobertos posteriormente, enfatizam o sistema patriarcal" (não p.; sem sublinhas no original), o qual, inclusive, seria responsável pela ausência, no mercado, de outros contraceptivos masculinos, além do preservativo e da vasectomia[482]. Afirmações como essas últimas, porém, **em nada contribuem para a mulher realmente adquirir controle autônomo sobre sua sexualidade e sobre sua liberdade reprodutiva**, pois tão-somente *emaranham* o discurso, adicionando-lhe velhos *pontos sem nó* e *fios soltos* que apenas servem para sofismar e desviar o foco das soluções jurídicas que hão de ser buscadas com firmeza pelo Estado.

A despeito de haver alguma verdade em tais discursos – como no que diz respeito à diferença biológica entre mulheres e homens e seus reflexos nos aspectos reprodutivos de uma e outro, ou à face perniciosa do patriarcalismo –, o fato indiscutível é que **a mulher que adota método contraceptivo apropriado** às suas condições e escolhas – pessoais, profissionais, acadêmicas, políticas *etc*. – **não *depende do homem* para *não engravidar*** e inequivocamente **pode exercer autônoma e livremente a sua sexualidade**, da forma como melhor entender, e decidir se quer ou não engravidar e em que momento. Embora considerando que o uso de preservativo é sempre recomendável para evitar contaminação por DST/IST, se ocorrer de não ser utilizado – o que é comum em relações estáveis, em que impera confiança mútua entre parceiro(a)(s) sexual(is) –, mesmo assim **a mulher saber-se-**

[482] Considerações semelhantes quanto à (ainda) ausência de contraceptivos masculinos no mercado também podem ser vistas em reportagem de Luísa Teixeira, do jornal-laboratório Humanista, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Disponível em: https://www.ufrgs.br/humanista/2023/03/07/por-que-maioria-dos-contraceptivos-ainda-e-destinada-a-mulheres-entenda/. Acesso em: 8 nov. 2024), que, porém, aborda outras questões. A propósito de contraceptivos masculinos, v. nota de rodapé nº 301.

á protegida de uma gravidez por ela indesejada/não planejada, inclusive se for vítima de estupro por um ou mais homens.

Destarte, **as políticas públicas haveriam** de salientar esses aspectos – ainda que continuassem a combater os aspectos nefastos do patriarcalismo/machismo – e **promover o verdadeiro empoderamento da mulher sobre a sua liberdade reprodutiva e**, em consequência, **sobre sua liberdade sexual**. Com esse objetivo em mira, além da redução do número de abortos, o Estado brasileiro se habilitaria a alcançar outras metas estabelecidas em planos de ação internacionais, como as relativas à própria *aceitabilidade* dos serviços oferecidos pelo SUS – que não se limita a questões de *acessibilidade*, como parece afirmar o *Voto* – e, em particular, o relevante objetivo de "reduzir substancialmente as gravidezes de adolescentes", que resulta da Conferência do Cairo (item 7.44.b; sem sublinhas no original) e também é referido no Consenso de Montevidéu (item 14).

A gravidez na adolescência, a propósito, é um **grave problema de saúde pública**, talvez **ocorrente em maior escala** e **mais severo** que as complicações provenientes de abortamentos inseguros, dado que **pode afetar muito precocemente** a vida das mulheres e também levá-las ao aborto inseguro. Quem se posiciona pró-aborto possivelmente apontaria esse problema como *uma razão a mais* para legalizar o aborto ao livre-arbítrio da mulher, porém, assim o fazendo, desprezaria o fato de que a meta internacional é ***reduzir* a gravidez na adolescência** e a ocorrência de **abortos na adolescência só comprova que *continuam* ocorrendo gravidezes de mulheres adolescentes**. Ademais, aquela meta leva à de **redução de *recurso ao aborto*** – principalmente nessa faixa etária – de modo que a única forma de efetivamente trabalhar na redução da gravidez na adolescência é a **adoção de políticas sérias e efetivas relacionadas à contracepção dirigida a mulheres adolescentes**. Para mais, é possível inferir que um aborto na adolescência é um evento traumático para a jovem *menina-moça* – mesmo que bastante madura psicologicamente –, mas, se não há, no Brasil, pesquisas robustas que avaliem os efeitos futuros desse trauma, seja quanto ao desenvolvimento de DTNC, seja em relação à saúde mental de mulheres em geral, menos as há em relação às adolescentes brasileiras[483].

[483] Tópico 4.2.14.

Desafortunadamente, porém, se há inúmeras **falhas estatais** em relação às ações concernentes à **contracepção** de mulheres em geral, **muito maiores são quando se referem mulheres na adolescência**[484]. Isso fica muito claro na revisão integrativa realizada por Cynthia D. Vicente *et alii* (2020) com o objetivo de levantar o "perfil sociodemográfico e obstétrico das adolescentes em situação de abortamento" (p. 50931). Independentemente de essa pesquisa ter retornado poucos artigos – o que reforça a necessidade de mais pesquisas a respeito, principalmente no Brasil – um dos pontos ressaltados nas discussões foi o fato de as:

> [...] adolescentes recorrerem ao abortamento como meio de evitar filhos, extinguindo a etapa preventiva como uso de métodos contraceptivos. No que infere o conhecimento prévio acerca de métodos contraceptivos, 83,6% já haviam ouvido falar sobre o anticoncepcional oral e 91,2% sobre preservativo, a maioria não desejava a gravidez e não fazia uso de preservativo, embora 29,9% utilizassem contraceptivos. Este fato evidência a ineficiência dos serviços de saúde em relação ao planejamento familiar e orientação do uso correto de métodos contraceptivos entre as adolescentes. (Vicente *et al.*, 2020, p. 50934–50935; sem sublinhas no original)

Além disso, e como enunciado neste tópico e em outra passagem[485], os métodos contraceptivos que não dependem de utilização durante o próprio ato sexual (leia-se: diafragma e preservativos feminino e masculino) trazem o ***saldo positivo*** **de prevenir a mulher contra gravidezes resultantes de estupro**. Nesse passo, porém, vem uma outra problemática que resulta de postura frequentemente adotada por quem que se posiciona pró-aborto: põe o foco na violência praticada pelo homem no estupro[486] e **deixa de alertar** a mulher para a adoção das **precauções possíveis** diante da possibilidade de ser estuprada[487], sequer lembrando-as que a adoção de

[484] Exemplo disso é a Nota Técnica nº 4/2023-CACRIAD/CGIRAS/DGCI/SAPS/MS, do MS, que se refere à "Semana Nacional de Prevenção da Gravidez na Adolescência", que até toca no tema da contracepção na adolescência em seus itens 2.7, 2.8 e 2.10, mas de forma muito superficial, perfunctória (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-do-adolescente/publicacoes/semana-nacional-de-prevencao-da-gravidez-na-adolescencia. Acesso em: 8 nov. 2024)

[485] Tópico 4.1.6.1.

[486] Recorde-se que, hodiernamente, a mulher também pode ser agente do crime de estupro, inclusive contra outra mulher, mas, obviamente, daí não resultaria gravidez.

[487] Isso envolveria orientações quanto a comportamentos e atitudes que possam evitar ou desestimular o próprio estupro, o que, porém, levanta polêmicas sobre *vitimologia*, que, em algumas falas, em especial de grupos feministas, é associada ao machismo/patriarcalismo. Nada obstante, o de que se trata é a **precaução que qualquer pessoa deve adotar em situações em que possa ser vítima de crime**. Ninguém se atreve a entrar num local que sabe ser um *covil de ladrões* com seus *bens mais preciosos*, salvo, de um lado, os muito incautos, ou, de outro, o *chefe do covil* ou *alguém por ele muito estimado* e como tal reconhecido por todos – mas, ainda assim, apenas se estiver certo de que *não há trama em curso para derrubar o chefe* – sob pena de ser furtado, roubado e até vítima de latrocínio.

determinados métodos contraceptivos (como anticoncepcionais e DIU de/com cobre) **laboram na evitação de gravidezes em situações extremas como essa**.

Sem dúvida alguma, a violência do estupro é execrável e seu agente deve sofrer a necessária persecução penal e ser condenado, na forma da lei. Todavia, foi repisado algumas vezes que a norma penal não impede a ocorrência de crimes e contravenções; ela pune a sua ocorrência, **quando há persecução penal**, ou isenta de punibilidade, nos casos que especifica. Dessa feita, salvo, talvez, se se vivesse em um mundo autoritário sob vigilância ostensiva e intensiva de um *Big Brother* e sua *polícia do pensamento*, como o descrito por George Orwell (1984) em seu notório romance distópico *1984*, ou se fosse possível prever a ocorrência de crimes e prender os criminosos antes que os cometessem, como no filme *Minority Report: A nova lei* (2002) dirigido por Steven Spielberg, **a atuação do Estado será, de ordinário, reativa em relação ao crime de estupro**, do qual resulte ou não gravidez.

Não se deslembre que essa *atuação reativa* é absolutamente essencial e a **eficácia do Estado na persecução penal** dos acusados do cometimento de crime de estupro **é fator fundamental para a redução da sua ocorrência** e, consequentemente, **de gravidez que dele possa decorrer**, pois não permite a formação da ideia de *impunidade* diante da infração penal ou, pior, de que estupradores e até outras pessoas se considerem *inatingíveis* e *voltem* ou *passem* a estuprar. Ou seja, **o Estado tem de agir imediata e eficazmente diante da notícia de estupro**, principalmente considerando que, desde a vigência da nova redação do art. 225 do CP, dada pela Lei nº 13.718, de 2018, trata-se de **crime de ação penal pública incondicionada**, assim como os demais crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulneráveis[488].

Todavia, **o Estado pode agir proativamente** na parte dessa problemática que respeita à mulher: **na prevenção da gravidez que possa resultar de estupro**. Se o estupro em si não pode ser totalmente evitado pelo Estado, esse ao menos pode orientar claramente as mulheres no sentido de que a adoção de certos métodos contraceptivos as previne de gravidezes em qualquer situação. Isso necessariamente demanda **reformulação de normas técnicas, manuais *etc*.**, para que passem a se

---

Analogamente, o mesmo se diga quanto a crimes sexuais: nenhuma mulher (ou homem) está completamente livre deles, mas pode adotar precauções possíveis para evitar ser vítima de delinquentes sexuais.

[488] Tópico 4.1.8.

dedicar não apenas ao **atendimento *reativo* de mulheres vítimas** de violência sexual, mas a trazer **orientações em atitude *proativa***, prescrevendo a **contracepção** também como **meio de evitar gravidez em caso de estupro**[489]. Porém as falhas estatais vão já na ausência de políticas públicas eficazes que orientem, de forma inequívoca, sobre as vantagens da adoção de métodos contraceptivos pelas mulheres, como meio de exercer, com plena autonomia, o controle sobre sua própria fertilidade...

5.1.3 Desarrazoabilidade e desproporcionalidade do aborto ao livre-arbítrio da mulher

Ao final dos prolegômenos quanto ao sistema jurídico, foram trazidas informações a respeito do *teste de razoabilidade* oriundo da prática estadunidense e do esquema para sua aplicação, que se compõe de três avaliações[490]. Importa, neste passo, a última delas: "(c) Avaliação dos pesos dos valores postos em jogo", que demanda a aplicação dos seguintes testes ou obtenção de respostas às seguintes perguntas: "(c1) há nexo de causa entre o meio escolhido e o fim pretendido?"; "(c2) não existe meio menos intrusivo?"; e "(c3) o fim tem um peso suficiente para justificar a restrição [de direitos]?" (Heinen, 2018, p. 162)[491].

Partindo da noção de que o *aborto inseguro* se configura como um *problema de saúde pública*, pois gera riscos à saúde e à vida da mulher, e, portanto, **exige uma ação do Estado para sua redução**, pode-se perguntar: *a alternativa de **liberalização ou legalização do aborto ao livre-arbítrio da mulher**, com oferecimento de serviços de aborto seguro, **passa pelos três testes** quanto à avaliação dos pesos dos valores postos em jogo?* Quanto ao primeiro teste (c1), a resposta deve ser afirmativa, pois há *nexo causal* entre o meio escolhido (liberalização do aborto) e o fim pretendido (redução do aborto inseguro). Porém, essa alternativa não passa já no segundo teste

[489] Sem dúvida, uma postura proativa do Estado brasileiro poderia envolver políticas e ações de orientação quanto a comportamentos e atitudes a que se refere a nota de rodapé nº 487 e outras questões. Porém, o alongamento desse tema foge aos objetivos traçados e desperta polêmicas outras que o alongariam inda mais.
[490] Tópico 2.3. Avaliações semelhantes são empregadas no *Voto*, quando trata da aplicação do princípio da proporcionalidade em relação ao aborto ao livre-arbítrio da mulher – talvez até deduzidas do mesmo teste de razoabilidade a que se refere Heinen (2018) – mas com resultados opostos (tópicos 4.2.1.5 a 4.2.1.7).
[491] Mantém-se a numeração dos testes constante do original: (c), (c1), (c2) e (c3).

(c2), pois **existe meio menos intrusivo para obter a redução de abortos inseguros**, em comparação com a admissão do aborto ao livre-arbítrio da mulher, que é justamente a **implementação/reforço de programas para a prevenção da gravidez indesejada/resultante de estupro**, incluindo orientações quanto à saúde sexual e reprodutiva, a planejamento familiar e em especial à adoção de métodos contraceptivos, com seu fornecimento. O teste poderia parar por aí, mas, no caso do Brasil, a alternativa de liberalização do aborto também não passa pela derradeira etapa (c3), porquanto **o *fim*** (diminuição do aborto clandestino/inseguro) **não tem peso jurídico suficiente para justificar a *restrição* do direito à vida do nascituro**, que é dotado do caráter de direito absolutamente prioritário pela CF – cláusula pétrea com superior hierarquia em essência –, o que se espraia pelo repertório do sistema jurídico brasileiro. Além disso, a legalização do aborto não seria medida em si mesma suficiente para impedir a continuidade da ocorrência de abortos inseguros[492]. Portanto, **a alternativa de legalizar o aborto se mostra desarrazoada e desproporcional**.

Já a alternativa para a redução dos abortos inseguros passível de ser trilhada pelos Estados – consistente na **implementação/reforço de políticas públicas visando a prevenir gravidezes indesejadas/resultantes de estupro**, incluindo o fornecimento de métodos contraceptivos e orientações para o planejamento familiar e sobre saúde sexual e reprodutiva –, **passa pelos três testes**, pois, igualmente se verifica o nexo causal entre esse meio e aquele fim (c1), não existe meio menos intrusivo (c2), e, em verdade, não implica restrição de direitos, mas o oferecimento efetivo de meios para evitar a ocorrência de gravidezes indesejadas e, até mesmo, decorrentes de estupro (c3). A experiência internacional de países como Romênia e Portugal referida no *Voto*[493], aliás, corrobora o fato de que **a causa efetiva da redução de abortos não consiste na descriminalização do aborto**, mas no estabelecimento de programas dessa natureza, especialmente as voltadas à adoção de métodos contraceptivos pelas mulheres.

Essa é, pois, a **alternativa mais racional e proporcional** para a solução do problema de saúde pública causado por **abortos inseguros**, ao menos quando se a compara com a antinômica e incoerente alternativa de legalização do aborto ao livre-

[492] Tópico 4.2.11.
[493] Tópico 4.2.1.4; tb. tópicos 4.2.12 e 4.2.16.

arbítrio da mulher. Como se não bastasse, a **implementação de medidas objetivando prevenir gravidezes indesejadas,** incluídas as resultantes de estupro, é única a alternativa que se mostra efetivamente compatível com as recomendações do Comentário nº 36 ao art. 6º do PIDCP e das Conferências do Cairo e de Pequim, quanto à **redução do número de abortos e à eliminação do recurso ao aborto**, como ali referido, inclusive nos países em que esse procedimento possa ser admitido.

Por outro raciocínio antes desenvolvido[494], viu-se que a alternativa do **aborto ao livre-arbítrio da mulher** também **não atende ao princípio da proporcionalidade**. Quando se trata de **realmente atacar o problema de saúde pública** representado pelos possíveis efeitos danosos à saúde/vida da mulher representado pelo **aborto inseguro**, a solução é adotar todos os esforços possíveis para **evitar a ocorrência de gravidezes indesejadas**, abarcadas as decorrentes de estupro, sob pena de, literalmente, *ferir de morte* o direito à vida do nascituro, protegido desde a concepção em caráter de absoluta prioridade. Isso também denuncia **o mascaramento que a falaciosa conclusão obtida com o *esquema vicioso***, trazido ao início deste tópico, **produz a respeito da ineficiência estatal brasileira**, quando se trata de atuar na prevenção de abortos clandestinos e inseguros.

Mais uma vez se diga: nos países em que se possa introduzir o aborto ao livre-arbítrio da mulher – que não é o caso do Brasil, itere-se –, tal medida talvez possa contribuir para a redução do problema de saúde pública representado pelas complicações decorrentes de abortos inseguros, mas **não atende às metas internacionais de reduzir o número de abortos** e se revela uma solução digna de Pirro, apenas. A redução daquele problema de saúde pública, *pari passu* com a redução do número de abortos está na realização de investimentos estatais para a **implementação forte e efetiva de políticas** que visem à **prevenção da gravidez indesejada**, com especial atenção para a gravidez na adolescência, e ao **completo e efetivo empoderamento das mulheres em idade fértil sobre sua liberdade sexual e reprodutiva**, por meio de métodos contraceptivos que sejam adequados às suas condições físicas e às suas escolhas, e, igualmente, na adoção de medidas que previnam as indesejadíssimas gravidezes decorrentes de estupro, nesse caso, no mínimo, mediante a persecução penal dos seus agentes, na forma da lei, incluída a

[494] Tópico 4.2.10.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[495]. Essas são as **únicas medidas que se revelam dotadas de racionalidade e proporcionalidade, sob a óptica do Direito brasileiro**, em seus aspectos de **validade** perante a CF e **coerência** em face do sistema jurídico nacional.

5.1.4 Falhas do Estado no amparo à mulher diante de gravidez indesejada/não planejada

Há que se acrescentar um outro aspecto que não foi antes comentado, mas que também se insere nos deveres do Estado brasileiro em relação às mulheres, diante da impossibilidade jurídica da introdução do aborto ao seu livre-arbítrio no Brasil: **gravidezes indesejadas ou não planejadas ocorrem** – inclusive (ou principalmente) por falhas nas políticas públicas voltadas à prestação de serviços e à educação sexual/reprodutiva e de planejamento familiar e à contracepção – **e se há de buscar evitar que, por força delas, as mulheres recorram ao aborto inseguro**, principalmente as mais vulneráveis economicamente.

Como se deduz do *Voto* na ADPF/442, da Conferência do Cairo e de Pequim, dos comentários gerais a dispositivos do Pidesc e ao PIDCP e do Consenso de Montevidéu[496], a gravidez indesejada ou não planejada é, talvez, a principal causa dos problemas de saúde pública decorrentes do aborto inseguro e a ***solução* ali proposta para as gravidezes em curso** – senão a única, a mais relevante – consiste na **descriminalização do aborto**, de modo a torná-lo uma alternativa ao livre-arbítrio da mulher. Porém, essa *solução* para *resolver as gravidezes indesejadas em curso* – além de incabível no Brasil e, possivelmente, em outros países – não é a única, pois **em vez de optarem pela alternativa que implica causar a morte de seres humanos em gestação**, os Estados podem desenvolver políticas públicas de **apoio ou amparo a mulheres que se encontram diante de gravidezes indesejadas, visando a nascimentos com vida**, ou seja, **à preservação do direito à vida dos nascituros** (ademais das que visem à contracepção *etc*., tratadas acima). Essa solução pode ser vista nos enunciados de alguns desses documentos, como a Conferência do Cairo, que expressamente orienta os Estados a “ajudar as mulheres

[495] Em relação à qual o Brasil está sujeito a sanções internacionais (tópico 4.1.8.10).
[496] Tópicos 4.2.1 e 4.2.12.

a evitar o aborto" (item 7.24). Todavia, se a *opção prioritária* do documento é pelo aborto ao livre-arbítrio da mulher – como no Comentário nº 22 ao art. 12 do Pidesc e na pretensão deduzida na ADPF/442 –, quando muito se toca em métodos contraceptivos para prevenir gravidezes indesejadas e **a alternativa de apoiar mulheres grávidas para evitar o aborto** e obter nascimentos com vida **parece simplesmente não existir**.

Contudo, há um ponto inafastável, principalmente quando se trata de mulheres que enfrentam gravidez indesejada e, ao mesmo tempo, se encontram em situação vulnerabilidade econômica: **a falta do amparo estatal possível** a essas mulheres pode ser geradora de abortos inseguros, ao menos indiretamente. Ou seja, **os próprios Estados podem estar contribuindo com omissões dessa natureza** para a existência/agravamento do **problema de saúde pública** representado pelo **aborto inseguro**, que pode levar até à **morte de mulheres**. Importa frisar: não basta apenas prevenir gravidezes indesejadas por meio de políticas públicas visando à prestação de serviços/educação sexual/reprodutiva/de planejamento familiar e voltados à contracepção; igualmente **se há de amparar as mulheres que faceiam gravidezes indesejadas**, de modo a, no mínimo, **agir para afastar os motivos que a levariam a buscar o aborto**, inclusive por meios que coloquem sua vida em risco, ou seja, trabalhar na eliminação dos **fatores de risco para o aborto inseguro**, também quando já instalada a gravidez.

Isso é especialmente válido no Brasil, na medida em que a **proteção à maternidade** foi alçada a direito social pelo *caput* do art. 6º da CF, donde parece inequívoco que o Estado brasileiro tem o **dever de prestar o apoio necessário a mulheres que engravidam sem o desejarem**, especialmente quando se encontrem em situação de vulnerabilidade, por meio de **políticas públicas a elas dirigidas especificamente**. Tais políticas haveriam de ser desenvolvidas no âmbito do Serviço Único de Assistência Social (SUAS) (CF, art. 203, I)[497] e do SUS (CF, art. 227, § 1º, I, multicitado), com adição de medidas cabíveis na área da Previdência Social (CF, art. 201, II)[498], visando a lhes assegurar o atendimento das suas necessidades (e às do

[497] CF: "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; [...]; VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza".

[498] CF: "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio

nascituro), em nível de suporte psíquico/psicológico, econômico *etc*., proporcionando-lhes condições fisiopsíquicas e econômicas de levar a gestação até um nascimento com vida, de modo a **afastar os fatores que contribuiriam com a intenção da mulher de recorrer ao aborto inseguro (e ilegal) para pôr fim à gravidez**.

Há de se ter presente que, dentre os fatores de risco que podem levar a mulher a decidir pelo aborto inseguro, a própria gravidez em um momento desazado é um deles, mas a consequência de **ter de assumir a maternidade futura** – eventualmente sozinha, porque abandonada pelo pai do nascituro e por vezes sem a presença e até com rechaço da sua própria família – pode ser **fator ainda mais decisivo para a concretização da sua intenção de abortar**, principalmente se a maternidade não fazia parte do seu planejamento familiar. No Brasil, porém, isso *não é necessariamente um problema*, pois é possível **entregar a(o) filha(o) nascida(o) à adoção a partir do início da gravidez**[499]. Há, portanto, possibilidade de atuar com vistas a igualmente elidir esse fator de risco de aborto inseguro – deveres decorrentes da maternidade –, abarcando, nas políticas voltadas a mulheres diante de gravidezes indesejadas, orientações quanto à entrega da(o) filha(o) à adoção e, se for essa a sua opção, encaminhá-la quanto aos procedimentos previstos no ECA e demais disposições legais aplicáveis, inclusive prestando-lhe assessoria jurídica adequada, se preciso for.

Tais políticas, porém, não se devem restringir a mulheres em situação de vulnerabilidade econômica, pois as **gravidezes indesejadas ou não planejadas podem ocorrer em todas as classes sociais** – basta que as mulheres, tendo vida sexual ativa com homens, não façam uso de nenhum método contraceptivo para evitá-las, nem exijam que seus parceiros adotem os que possam durante as relações sexuais. Dessa forma, as políticas públicas, além de contemplar os **serviços que pudessem ser prestados pelo SUS** e outros serviços de saúde – estes instruídos por orientações do MS, do CFM, do Conselho Federal de Psicologia *etc*. –, para dar-lhes suporte psíquico/psicológico e o necessário acompanhamento da saúde da mulher, do nascituro e do RN (imprescindíveis, todos eles, a mulheres em qualquer situação), e **pelo SUAS**, para o apoio econômico ao menos durante toda a gravidez,

financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: [...]; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; [...]".

[499] Tópico 4.1.6.2.

quando preciso, provavelmente demandariam um **repensar dos mecanismos de amparo à maternidade da Previdência Social** (como a própria licença-maternidade) e talvez criar novos, com vistas a permitir que a mulher, **independentemente da gravidez indesejada/não planejada e**, se não intencionar exercer a faculdade de entregar a(o) filha(o) à adoção, **da maternidade consequente**, se encontre apta para seguir adiante com seu planejamento profissional, acadêmico *etc*., ainda que tenha de nele introduzir modificações (temporárias ou definitivas).

É claro que, da mesma forma que a descriminalização do aborto não é capaz de eliminar totalmente o recurso ao aborto inseguro, políticas específicas voltadas ao apoio de mulheres que se encontram frente a gravidezes indesejadas – mesmo tendo a opção de entregar a(o) filha(o) à adoção, se for o caso –, **também não o são**. Contudo, **a falta de amparo estatal** devido nos termos do *caput* do art. 6º e demais dispositivos da CF relativos à proteção da maternidade **pode contribuir significativamente para que a mulher recorra ao aborto inseguro**, quando se encontre diante de gravidez indesejada e não reúna condições fisiopsíquicas e/ou econômicas para levar a gestação até um nascimento com vida.

Até onde se tem conhecimento, porém, não existe, no Brasil, política dessa natureza, ao menos **voltada especificamente** para mulheres que se encontram diante de gravidezes indesejadas ou não planejadas. De todo modo, **a solução** para o problema de saúde pública representado pelo aborto inseguro praticado por tais motivos, mais uma vez se diga, **não é *autorização* suficiente**, no plano jurídico, **para que a mulher realize o aborto ao seu livre-arbítrio** – medida incoerente e antinômica no Direito brasileiro – mas consiste:

a) de um lado, na atuação estatal forte e eficaz visando ao **empoderamento da mulher sobre sua liberdade sexual e reprodutiva** – o que lhe pode permitir efetivo controle sobre a não ocorrência de gravidezes indesejadas ou não planejadas – por meio do oferecimento de serviços em saúde e educação sexual, reprodutiva e de planejamento familiar, com oferta de métodos contraceptivos adequados à suas condições e escolhas, como anotado nos tópicos anteriores, e
b) de outro, na criação – ou reforço, se existirem – de **políticas públicas visando ao amparo a mulheres que faceiam gravidezes indesejadas ou não planejadas**, em todos os aspectos que se façam necessários,

inclusive, se for o caso, quanto a questões que digam respeito à entrega da(o) filha(o) nascido à adoção, com a assessoria jurídica que precisa for.

5.2 ABORTOS EUGÊNICO, UTILITARISTA, HIGIENISTA E XENOFÓBICO

Existe, ainda, uma outra falha do Estado brasileiro[500], que diz respeito à prevenção da ocorrência de anencefalia e outras anomalias graves e que passa a ser abordada, pois dá ensejo a outras reflexões, as quais dizem respeito a abortos com base em eugenia, utilitarismo, higienismo e até xenofobia.

5.2.1 Aborto eugênico

O voto condutor do *Acórdão* na ADPF/54 asseverou que a decisão ali exarada se aplicaria apenas e tão-somente na situação do nascituro diagnosticado com anencefalia e não configuraria aborto eugênico, como se vê da seguinte passagem:

> Cumpre rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação do feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dúbio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, "deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não". De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não. (*Acórdão*, p.48-49; sem sublinhas no original)

Esse posicionamento foi referendado, inclusive, por representante de entidade que se dedica a promover a inclusão de pessoas com deficiência na sociedade, como se vê abaixo:

> A corroborar esse entendimento, Cláudia Werneck – representante da "Escola da Gente", que tem como objetivo a inclusão, na sociedade, de pessoas com deficiência – asseverou que a anencefalia, por conta da total falta de expectativa de vida fora do útero, não pode ser considerada

[500] V. nota de rodapé nº 477.

> deficiência e, portanto, não cabe questionar se existe negação do direito à vida ou discriminação em função de deficiência. Nas palavras peremptórias da representante da entidade que se dedica a combater discriminação contra deficientes, "é impossível constatar discriminação com base na deficiência quando não há expectativa de vida fora do útero". (*Acórdão*, p.49; sem sublinhas no original)

Do outro lado, os dois votos divergentes alertaram para o risco de ampliação do alcance da decisão majoritária, nos seguintes termos:

> É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina. (*Acórdão*, p.248-249; sem sublinhas no original)

> É possível imaginar o ponderável risco de que, julgada procedente esta ADPF, mulheres entrem a pleitear igual tratamento jurídico a hipóteses de outras anomalias não menos graves, ou porque a gravidez seja indesejada em si mesma, ou porque, à conta de fatores econômicos, sociais, familiares etc., seria insuportável ou insustentável ter um filho. (*Acórdão*, p.395-396; sem sublinhas no original)

Quanto ao pleito de autorização do aborto no caso de **gravidez indesejada**, esse se materializou com intuito de obter julgamento em caráter de repercussão geral junto ao STF, por meio da ADPF/442, e já se materializou antes no próprio STF[501] e possivelmente em outras defesas e medidas judiciais articuladas por acusadas ou acusados de crime de aborto nos tribunais do País, cujo julgamento, agora, fica na dependência da decisão a ser preferida naquela ADPF. E têm **proliferado decisões judiciais** que, invocando o acórdão proferido na ADPF/54, **autorizam o *direito de abortar* no caso de outras anomalias fetais graves**, como *profetizado* nos votos divergentes, o que se pode ver em inúmeras notícias veiculadas por meios de comunicação vários e em *sites* especializados em Direito ou de órgãos jurídicos/judiciais públicos, abrangendo diversos tribunais do País e situações tão variadas como Síndrome de Cantrell, Síndrome de Patau, Síndrome de Body Stalk,

[501] É o caso do HC nº 124.306/RJ (v. nota de rodapé nº 250).

Síndrome de Edwards, malformação nos pulmões e ausência de rins e Displasia Esquelética do Tipo Letal[502].

Impossível não atentar que o aborto de nascituros com anencefalia e outras anomalias graves ou letais, como as referidas, remete "aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas" (*Acórdão*, p.248). Igualmente **remete ao brutal costume indígena**, ainda presente em algumas tribos, inclusive brasileiras, de **matar recém-nascidos logo após o nascimento, quando apresentam anomalias** (ou mesmo quando há parto de gêmeos, quando um é preservado e o outro, morto), na maioria dos casos pela própria mãe e não raro com o emprego de métodos cruéis, como se vê do artigo de Igor T. Araújo (2021) a respeito do tema. Em nenhuma dessas hipóteses há aborto, propriamente dito, visto que a morte é provocada *após o nascimento*, donde já não há nascituro, mas nascido vivo, e, pois, talvez pudesse se tratar de infanticídio, como defende Araújo (2021) no caso das mulheres indígenas[503], ou de homicídio[504], no da Roma antiga, se ocorresse hoje. **De comum**, porém, com o aborto de nascituro com anencefalia *etc*. está o **motivador para aquelas atitudes cruentas**, que é **o fato da anomalia** apresentada pelo bebê/criança, ou sua *fraqueza* ou *debilidade* (exceto no caso do costume indígena de matar um dos gêmeos recém-nascidos) e que leva ao **aborto eugênico**, que:

> Visto como um dos processos de seleção de raça, visando a eliminar indivíduos classificados como "prejudiciais", assenta em razões ligadas à hereditariedade, recebendo tal denominação em lei dinamarquesa de 18 de maio de 1937, quando se permitiu o aborto em situação de perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padeceria de enfermidade mental, imbecilidade, grave perturbação psíquica, epilepsia ou outra enfermidade corporal perigosa ou incurável. Essa indicação, não amparada pela legislação penal brasileira, permitiria a interrupção da gravidez quando presentes riscos fundados de que o feto fosse portador de graves anomalias genéticas de qualquer natureza ou, ainda, de outras deficiências físicas ou psíquicas decorrentes da gravidez. Tratar-se-ia de causa de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, obedecidos certos

[502] Como se vê, p.ex., em: Portal Jusbrasil (https://www.jusbrasil.com.br/artigos/descriminalizacao-do-aborto-de-feto-anencefalo-e-a-extensao-a-outras-anomalias/2026274105); Defensoria Pública do Estado do Paraná (Disponível em: https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/NUDEM-garante-na-Justica-interrupcao-da-gestacao-de-feto-com-malformacao-incompativel-com; https://www.defensoriapublica.pr.def.br/Noticia/Defensoria-do-Parana-garante-no-TJPR-interrupcao-de-gravidez-em-caso-de-feto-com-Sindrome); Revista Consultor Jurídico (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-abr-05/tj-sp-autoriza-interrupcao-gestacoes-fetos-malformacoes/). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).
[503] CP: "Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: [...]".
[504] CP: "Art. 121. Matar alguém: [...]".

> requisitos. De qualquer modo, o advento de norma jurisdicional permissiva ([ADPF/54]) a legitimar a antecipação de nascimento do feto anencéfalo inviável, reinstaura ou reforça esse debate. (Baldan, 2020, p. 17; sem sublinhas no original)

A posição majoritária na ADPF/54 buscou afastar a ideia de aborto eugênico no caso de nascituro com anencefalia, com base em diversos argumentos, alguns dos quais já tratados, porque considerados mais relevantes[505]. Desses, o argumento de que o nascituro com anencefalia seria um *natimorto cerebral* parece ter norteado mais diretamente os votos vencedores[506], como mostra a passagem do voto condutor do acórdão trazida logo acima. Todavia, esse voto afastou, logo no seu início, o debate jurídico sobre "'aborto eugênico ou eugenésico' ou 'antecipação eugênica da gestação'", por ver nessas expressões um "indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia" (p.33; sem sublinhas no original).

Se, *ad argumentandum tantum*, o nascituro com anencefalia não tivesse vida humana, **se *de fato* e *de direito* fosse um *natimorto cerebral***, sequer se haveria de discutir a questão sob o enfoque do crime de aborto, e realmente não caberia tratá-lo sob o enfoque da eugenia, pois **a situação equivaleria a uma morte fetal natural** e não haveria empecilho algum em adotar os procedimentos médicos comuns à ocorrência de natimortos. Porém, discute-se o tema porque, **para realizar o aborto, é preciso**, antes ou durante o procedimento, **aniquilar a vida do nascituro com anencefalia**, que **não é equiparável a alguém com morte encefálica**. Por isso e por tudo o mais que foi explanado sobre o assunto, **negar-se a discutir a eugenia**, no caso de aborto de nascituro diagnosticado com anencefalia, sob a alegação de que tem morte encefálica ou qualquer outra, **é desviar-se de enfrentá-lo juridicamente**. A diferente conclusão não se chega, quando a alegação para afastar a discussão se funda em consideração metajurídica de *viés ideológico e político*, como se isso pudesse impedir a análise de qualquer tema ou assunto sob a óptica jurídica. **O próprio aborto**, quer de nascituro com anencefalia, quer não, **é recheado de vieses**, não só ideológicos e político-partidários, mas também religiosos, filosóficos, sociológicos *etc*., e nem por isso deixa, ou pode deixar de ser analisado no plano do Direito, escoimado desses vieses para que não interfiram no exame jurídico, é claro.

[505] Tópico 4.3.
[506] Tópico 4.3.3.

Assim, o aborto no caso de anencefalia **pode e deve ser analisado juridicamente em face da noção de aborto eugênico**, mesmo porque a invocação do *decisum* proferido na ADPF/54 por tribunais brasileiros para autorizar abortos, por tribunais brasileiros, já de há muito **deixou de lado as injustificáveis *justificativas* de morte encefálica** e outras, não se limitando apenas à anencefalia. As decisões têm abrangido **inúmeros tipos de anomalias graves** de que possa padecer o nascituro – algumas arroladas acima –, **sem nem levar em consideração prognósticos temporais de vida pós-parto**, que pode não se limitar a alguns minutos/horas, ou pouquíssimos dias. É, pois, urgente analisar essas questões sob o ângulo da eugenia, mas sempre do ponto do Direito, sem vieses de qualquer gênero.

Exemplo de análise jurídica sobre eugenia é a dissertação de *mestrado em Direito Penal* de Teodoro (2005), citada. Ali, a eugenia é abordada amplamente e se verifica que, longe de vinculadas apenas a *questões raciais*, práticas eugênicas são encontradas na História desde os primórdios da civilização, ou antes disso. Nessas eras, tais práticas possivelmente objetivavam a preservação dos agrupamentos humanos, pois as pessoas que, por deficiências físicas/mentais, não podiam contribuir para seu próprio sustento e o do grupo social eram prejudiciais à sobrevivência do próprio grupo e, talvez, essa seja a principal razão da existência do costume indígena referido: “as crianças defeituosas devem ser eliminadas, por não poderem caçar, pescar ou contribuir de qualquer maneira para com o grupo” (p.118).

No século XX, é certo, a questão eugênica tomou proporções abomináveis com o nazismo, quando o eugenismo passou a ser identificado com a nefasta ideia de *higiene da raça*. Isso, porém, começou antes, em finais do século XIX, quando, embalados pelas ideias de *evolução das espécies* de Charles Darwin[507], diversos países adotaram diferentes políticas eugenistas. A adoção de políticas do gênero ocorreu principalmente a partir dos pensamentos desenvolvidos por Francis Galton, primo de Darwin, que, “assim que apresentados, [...] foram rechaçados; porém, em pouco tempo, vários governos simpatizaram com essa forma imediata de evolução da

[507] Teodoro (2005) não faz referência, mas possivelmente contribuíram para a difusão das ideias eugênicas, as descobertas de George Mendel no campo da genética, que são mais ou menos coevas às de Darwin e trouxeram explicação científica para as observações empíricas da prevalência de certas anomalias em determinadas famílias. Além disso, as práticas de seleção de espécies são muito antigas, remontando à época da domesticação de animais (como o cavalo e a lhama) e vegetais (como o trigo e o milho) e seu aprimoramento para uso e/ou consumo humano.

raça humana, como os dos Estados Unidos, da Inglaterra e, posteriormente, da Alemanha nazista" (Teodoro, 2005, p. 104)[508].

Se, no seu início, tais iniciativas podem ter tido objetivos *altruístas* (o ângulo positivo da eugenia, que logo se verá), prontamente se voltaram à **eliminação de quem era tido por *indesejado***, muitas vezes por questões raciais, mas igualmente por apresentarem deficiências, anomalias e enfermidades (incluída a homossexualidade, que, à época, era considerada uma doença) que os tornavam *prejudiciais* às sociedades em que estavam inseridos, aos olhos de quem se encontrava no poder. Descabe trazer outras informações históricas, mas vale aludir que *políticas eugenistas* também foram adotadas pelo Brasil, onde "a eugenia como forma de criar uma identidade genética e cultural do povo é muito antiga" e, na Primeira República, "entre as décadas de 1910 e 1930 ganha força com a intensificação das discussões, tornando-se estatizada e institucionalizada" (p.105).

Mais relevante é ver que o termo *eugenia* foi criado por Francis Galton "para designar os estudos científicos e estatísticos do processo de seleção natural do ser humano" (Teodoro, 2005, p. 13) e "significa o estudo dos fatores que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais e genéticas das futuras gerações, seja física ou mentalmente" (p.244). A partir daí, passou-se a falar de uma ***ciência da eugenia***, que, porém, "é aplicada em dois ângulos diferentes, sendo um deles benéfico ao ser humano, por buscar o melhoramento da raça humana sem a necessidade de eliminação de indivíduos, e o outro maléfico, por seu caráter eliminante" (p.244; sem sublinhas no original), o que dá ensejo à classificação da eugenia "como positiva ou negativa":

a) a **eugenia positiva** não implica "qualquer malefício à pessoa ou à humanidade, já que a sua função é o melhoramento da espécie, sem a destruição do ser humano" e "sua busca primeira é a melhoria da raça humana através de manobras antecessoras à própria concepção do ser humano, vale dizer, que antecedem à fecundação dos gametas" (p.245; sem sublinhas no original); são desse gênero, p.ex., os aconselhamentos pré-natais, quando os interessados em ter filhos trazem histórico familiar

[508] É interessante observar que Teodoro (2005), cita Edwin Black, segundo o qual "o princípio nazista da superioridade nórdica não havia sido tramado no Terceiro Reich, e sim em Long Island décadas antes – e depois agilmente transplantado para a Alemanha" (p.105).

de doenças graves transmissíveis hereditariamente, e exemplos podem ser encontrados no próprio Direito, como as normas jurídicas relacionadas ao incesto existentes em inúmeras legislações (no Brasil, os impedimentos para o casamento entre parentes consanguíneos, previstos no CC, art. 1.521, I, II e IV);

b) já a **eugenia negativa** "abrange as técnicas de exterminação de indivíduos que já foram gerados", tais como "a eliminação de embriões pouco resistentes, a esterilização, o controle de natalidade, o aborto seletivo, a eutanásia e o próprio homicídio de pessoas enfermas ou com *prerrogativas essenciais*", sendo que, por essas "técnicas não se procura mitigar os defeitos físicos, fisiológicos e psíquicos da pessoa, mas, principalmente evitar o surgimento" e a permanência dessas pessoas *indesejadas socialmente* (p.245; sem sublinhas no original), ou, em outras palavras, extinguir suas vidas, antes ou depois de nascidas[509].

Quando as ideologias de motivação eugênica entraram em declínio, as "instituições eugenistas alteraram seus nomes, substituindo a expressão *eugenia* por *genética*" (Teodoro, 2005, p. 105; itálicos do original), mas a **ameaça que a *eugenia negativa*** representa para o ser humano **permanece** e se pode afirmar, sem muito risco de erro, que **se intensificou com a decodificação do genoma humano e os avanços da engenharia genética**, pois abriram ampla gama de possibilidades de manipulação direta de genes humanos e até a sua combinação ou recombinação com genes de outras espécies. Não é outra a razão, p.ex., de a Lei de Biossegurança, embora permitindo, "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" (art. 5º), vedar a "engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante" em desacordo com suas disposições, a "engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano" e a "clonagem humana"

[509] Acrescenta-se que esse tipo de prática hedionda, infelizmente verificada já a partir do início do séc. XX, não ficou adstrito a questões raciais e condições fisiopsíquicas dos indivíduos (deficiências *etc*.), pois se estendeu à *eliminação* de quem era *indesejado* simplesmente por *não compactuar* ou *não se ajustar às ideologias* implantadas por regimes autoritários que assumiram o poder em alguns países, o que poderia ser denominado de *eugenia ideológica*. Esse assunto, porém, escapa totalmente aos objetivos do presente estudo.

(art. 6º, II. III e IV), tipificando uma série de crimes relacionados às condutas vedadas (em especial, arts. 24, 25 e 26).

Apesar da existência de normas jurídicas como a Lei de Biossegurança, remanesce o *fantasma da eugenia* por manipulação genética, pois, assim como a norma penal não evita o crime, também **a norma proibitiva não tem o poder de impedir que o ser humano pratique o ato vedado**, nem, tampouco, que o indivíduo, bem ou mal-intencionado, nela **encontre *brechas* para agir como bem entenda**. De mais a mais, as possibilidades já alcançadas – e as que podem ser obtidas – com a evolução dos conhecimentos em genética não se restringem à manipulação de genes, mas, igualmente à **identificação de genes e suas funções**.

Isso, de um lado, permitiu o estabelecimento do perfil genético de agentes e vítimas de crime – o que é de especial relevância na investigação do crime de estupro do qual resulte gravidez, repita-se[510] – e, de outro, deu origem a exames e testes genéticos que são fartamente utilizados para a identificação de doenças, síndromes, transtornos *etc*. de origem genética, visando particularmente à sua prevenção e tratamento[511]. Desse modo, em tese, **todas as doenças** que possuem algum ***marcador genético* próprio mapeado**[512] podem ser identificadas por meio de testes genéticos apropriados, inclusive no nascituro, a partir do momento em que seja possível coletar o material genético necessário para os testes, seja diretamente, seja por meio do sangue da mulher, ou outros meios. Isso é notoriamente sabido, como também que é possível identificar características físicas do nascituro, como cor dos olhos, da pele, do cabelo *etc*., e está bastante em voga a identificação do seu sexo, por meio da sexagem fetal, o que antes só era possível a partir de exames de imagem, como ultrassom. Mesmo muitas das doenças detectadas pelo famoso "Teste do Pezinho" (ECA, art. 10, §§ 1º a 4º, inseridos pela Lei nº 14.154, de 26 de maio de 2021), que faz parte do Programa Nacional de Triagem Neonatal (PNTN) e é realizado

[510] Tópico 4.1.8.

[511] Informações a respeito desses testes são copiosamente encontradas na Internet, inclusive em *sites* jurídicos, como no do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/informacoes/programas-projetos-e-acoes/pro-vida/dicas-de-saude/pilulas-de-saude/teste-genetico-descubra-o-que-e-como-funciona-e-para-que-serve. Acesso em: 8 nov. 2024).

[512] "Um marcador genético é um gene ou sequência de DNA com uma localização conhecida em um cromossomo que pode ser usado para identificar indivíduos ou espécies" e "para estudar a relação entre uma doença hereditária e sua causa genética, por exemplo, uma mutação específica de um gene que resulta em uma proteína defeituosa" (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Marcador_gen%C3%A9tico&oldid=65846698. Acesso em: 8 nov. 2024).

após o parto – como a fenilcetonúria, a doença falciforme e a fibrose cística, rastreadas na 1ª etapa do teste, e outras, em suas etapas posteriores[513] –, ou referidas nos "Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas" (PCDT)[514] – , têm origem genética e, em tese, podem ser investigadas antes do nascimento.

A detecção já no nascituro de doenças de origem genética **pode ser muito benéfica**, pois, em alguns casos, possibilita o tratamento do nascituro **antes do seu nascimento**, de modo a evitar ou, ao menos, minimizar seus efeitos negativos, inclusive sua morte ainda no organismo da mulher, ou prematuramente após nascido. Há notícias realmente alvissareiras nesse sentido[515]. Por outro lado, há algumas muito aziagas, que se referem, justamente à **seleção artificial com base em componentes genéticos, o que pode levar ao aborto de nascituros**, não só quando há detecção de doenças graves, mas igualmente quando o nascituro pode nascer com vida e não apresentar deficiências muito severas, ou quando suas características físicas (como sexo, cor dos olhos *etc*.) não correspondem ao desejo da mãe, do pai ou de ambos[516].

Dentre as doenças detectáveis por exames genéticos antes do nascimento, está a Síndrome de Down (SD) ou trissomia do cromossomo 21, que é mencionada no trecho do *Acórdão* acima transcrito. A esse propósito, pesquisa de Gert de Graaf, Frank Buckley e Brian G. Skotko (2021) evidenciou uma queda de mais de 50% de nascimentos de crianças com SD na Europa continental, no período pesquisado (os dados foram coletados até o ano de 2015), e que possivelmente essa queda está relacionada a resultados de exames de triagem genética que detectam a síndrome, embora não haja estatísticas precisas, pois, quando se trata de aborto ao livre-arbítrio da mulher, essa não precisa declarar a sua motivação, na maioria dos países europeus onde esse tipo de aborto é permitido, e não há registros oficiais que permitam vincular, com maior precisão, a detecção da SD e o subsequente aborto[517]. Reportagem da BBC News Brasil (2023), que faz referência a essa pesquisa, anota

---

[513] As características dessas doenças e detalhes sobre os testes podem ser conferidas no manual "Triagem neonatal biológica", publicado pelo MS (Brasil, 2016).
[514] Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/pcdt. Acesso em: 8 nov. 2024.
[515] Cita-se, p.ex., de O Globo, a notícia "Doença genética rara e letal é tratada em feto ainda no útero com sucesso pela primeira vez" (Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/medicina/noticia/2022/11/doenca-genetica-rara-e-letal-e-tratada-em-feto-ainda-no-utero-com-sucesso-pela-primeira-vez.ghtml. Acesso em: 8 nov. 2024).
[516] O aborto em razão do sexo do nascituro – principalmente se feminino – é uma triste realidade em muitos países (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-45559378. Acesso em: 8 nov. 2024).
[517] O que também mascara o número de abortos em razão de características físicas do nascituro, como o sexo.

que “se compararmos com a década de 1980, quando começaram a ser usados os exames de triagem pré-natal, veremos como foi drástica a queda na porcentagem de crianças nascidas com Down” na Europa, e que essa queda pode ser ainda maior, dado que, depois da coleta de dados para a pesquisa, “um método mais moderno para detectar a síndrome de Down começou a ser adotado na Europa: o teste pré-natal não invasivo (NIPT), que permite a confirmação do distúrbio sem os riscos dos procedimentos anteriores” (não p.). Quem compulsa o presente estudo, no mínimo, conhece alguém ou até tem um parente, próximo ou distante, com SD e sabe que essa síndrome não é uma *sentença de morte logo após o nascimento*, nem, tampouco, *sinônimo de deficiências extremamente severas*. Os depoimentos que podem ser lidos na reportagem citada, assim como em inúmeras outras, bem como em filmes, livros *etc*., e a própria experiência das pessoas que convivem com pessoas com SD contradizem veementemente esse tipo de ideia, excetuados, evidentemente, os casos mais graves da síndrome. E que dizer de pessoas que apresentam genes de doenças que podem se desenvolver apenas quando adultas ou idosas, como é o caso de alguns tipos de neoplasias e de doenças que têm componentes genéticos associados, como a Doença de Alzheimer[518]?

Pondo à parte o sofrimento da mulher – que, reafirme-se, pode ser grave a ponto de autorizar o aborto necessário[519] – para **enquadrar apenas o fato de o nascituro apresentar anomalia grave**, identificada quer por exames de imagem, quer por exames genéticos, que pode causar sua morte logo após o parto – como a anencefalia –, ou lhe gerar deficiências em qualquer grau de severidade, se sobreviver por mais tempo – como a SD, Alzheimer ou outras –, parece não haver dúvida de que **seu abortamento configura eugenia negativa**, pois nenhum argumento é capaz de esconder ou disfarçar o fato de que se trata de um ato que visa a impedir o nascimento de um ser humano *com deficiência*, ou, mesmo qualquer *enfermidade, transtorno ou perturbação física ou mental incurável* que possa ser detectável precocemente. Ou seja, **o móvel do aborto**, em casos da espécie, **é a eugenia, na sua pior expressão**, por mais se tente *dourar a pílula*[520].

---

[518] Pesquisas científicas recentes identificaram alguns genes cujo funcionamento pode estar na etiologia da Doença de Alzheimer (Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/genes-que-aumentam-risco-de-alzheimer-podem-ser-herdados-diz-estudo/. Acesso em: 8 nov. 2024).

[519] Tópico 4.3.4.

[520] Diante de questões como essas, é preciso ampliar o debate para além do aborto e se perguntar: *O que impedirá que, no futuro, se busque a criação de excludentes de punibilidade de crimes como*

O indisfarçável **mote eugênico do aborto** de nascituro com anomalias ou deficiências *autorizado* pelo *decisum* majoritário da ADPF/54 e outras decisões judicias, além de revelar infração às normas constitucionais brasileiras de proteção ao direito da vida desde a concepção e, consequentemente, se mostrar incoerente com o sistema jurídico nacional, igualmente se **configura como transgressão a normas do Direito convencional das quais o Brasil é signatário** e que se encontram **incorporadas ao ordenamento jurídico interno**. Tal é o caso da citada CIDC e, também no plano da ONU, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPP) e seu Protocolo Facultativo[521].

A propósito da criança com deficiência física ou mental, a CIDC dispõe que:

> Artigo 23 – 1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade.
> Artigo 24 – 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a: [...] b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde; [...] d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal; [...].

Esses dispositivos são autoexplicativos, mas incumbe ressaltar que a CIDC dispõe que os Estados Partes têm o dever de *assegurar a adequada assistência pré e pós-natal* a mães em cujos organismos se desenvolvem nascituros com anomalias ou deficiências, quaisquer que sejam (art. 23 c/c art. 24, 1, “d”). Fica mais uma vez claro que, **da proteção conferida pela CIDC, não estão excluídos quaisquer**

---

homicídio e infanticídio, para permitir que RN sejam mortos logo após o parto ou num tempo qualquer depois do seu nascimento, quando, p.ex., sofrem lesões no encéfalo decorrentes de hipóxia que implica paralisia cerebral ou outros danos irreversíveis, ou que apresentam anomalias graves e incuráveis só detectadas após o nascimento? Voltar-se-á aos tempos da Roma Antiga e/ou se institucionalizará o costume indígena de matar RN que apresentam anomalias, talvez com a diferença de, em vez de atirá-los de Rochas Tarpeias ou sufocá-los com terra, adotar meios menos cruentos*, como a promoção da assistolia cardíaca? O Brasil entrará na lista dos países que desafortunadamente admitem a eutanásia e o suicídio assistido?* Não se descure que, **a continuar o aumento do desrespeito ao direito à vida do ser humano** entrevisto em diversos países do Mundo e também no Brasil, isso e coisas piores podem passar a ser admitidas por legisladores e juízes em ofensa flagrante aos direitos humanos, mas que tal não ocorra jamais!

[521] Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008; Decreto Executivo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

nascituros, mesmo os que apresentem anomalias e deficiências severas que lhes possam extinguir a vida em breve ou brevíssimo período após o nascimento.

A CIDPP, já a partir dos seus *consideranda*, revela-se como uma norma jurídica internacional que protege os direitos dos nascituros com anomalias ou deficiências. Com efeito, ao *relembrar* que "os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo" e que "as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamaram e concordaram que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie", assim como ao *reafirmar* "a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação" **incluem o nascituro com anomalias ou deficiências na sua proteção**. Seria até despiciendo citar seus dispositivos, mas importa trazer à colação os seguintes:

> Artigo 4 – Obrigações gerais
> 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:
> a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção;
> b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;
> c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;
> d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção;
> e) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação baseada em deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada; [...].
> [...]
> 4. Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

> Artigo 5 – Igualdade e não-discriminação
> 1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
> 2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
> 3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
> 4. [...].
> [...]
> Artigo 8 – Conscientização
> 1. Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para:
> a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;
> b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida;
> c) Promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência.
> [...]
> Artigo 10 – Direito à vida
> 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.
> [...]
> Artigo 15 – Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes
> 1. Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento.
> 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra para evitar que pessoas com deficiência, do mesmo modo que as demais pessoas, sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.
> [...]
> Artigo 17 – Proteção da integridade da pessoa
> Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Verifica-se a grande ênfase que a CIDPP dá à proibição de discriminação às pessoas com deficiência, devendo-se ver que o vocábulo *pessoa*, utilizado pela Convenção **não tem a interpretação restrita de ser humano dotado de personalidade jurídica**, de que trata o art. 2º do CC, mas se relaciona mais diretamente à ideia de *pessoa humana*, a que se refere o inciso III do art. 1º da CF, ou seja, à noção de *ser humano*. Ora, presente o fato de que o direito à vida é reafirmado na CIDPP, **a maior discriminação** que se pode fazer a uma pessoa

humana com anomalia ou deficiência **é negar-lhe o direito de nascer** prescrito no ECA – cujo fundamento é o direito à vida prioritário e absoluto do nascituro –, **em igualdade de condições com qualquer outra**, desconhecendo que quem apresenta anomalia ou deficiência igualmente faz parte da *família humana*, ainda que possa *deixá-la* pouco após o parto.

Dessa feita, quando um Estado Parte e signatário da CIDPP, seja por meio de sua legislação interna, seja por meio de decisões judiciais, nega ao nascituro com anomalias ou deficiências o próprio direito de nascer, **descumpre as disposições da CIDPP citadas**, além de outras que possam ser aduzidas, notadamente quanto aos deveres de: (a) adotar as providências com vistas a eliminar toda forma de discriminação contra esses nascituros (art. 4, nº 1, e art. 5º); (b) proibir a imposição de restrições ou derrogação de quaisquer de seus direitos humanos, em particular o direito à vida e, consequentemente, o direito de nascer (art. 4º, nº 4, e art. 10); (c) conscientizar a sociedade e as famílias sobre os direitos dos nascituros com anomalias ou deficiências (art. 8, nº 1, "a"); (d) combater as práticas nocivas em relação às pessoas com deficiência enquanto nascituros (art. 8, nº 1, "b"); e (e) vedar a submissão dos nascituros com anomalias ou deficiências a tortura ou a tratamentos cruéis e desumanos (art. 15); e (f) garantir-lhes a integridade física, antes e após o nascimento (art. 17). Na medida em que a CIDPP integra o ordenamento jurídico nacional e, portanto, faz parte do repertório do sistema jurídico brasileiro, percebe-se a **incoerência da decisão majoritária do acórdão exarado na ADPF/54 também em relação ao microssistema jurídico por ela representado**.

Vale lembrar que o Brasil aderiu ao Protocolo Facultativo da CIDPP, no qual "reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ('Comitê') para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte" (art. 1, nº 1). Ou seja, **mais uma vez o Brasil se encontra sujeito a penalidades internacionais**, pois pode ser denunciado àquele Comitê por descumprimento das normas a que se obrigou quando ratificou a CIDPP, notadamente **por efeito da decisão majoritária proferida na ADPF/54**, que autorizou o aborto de nascituros com anencefalia, **e das decisões de outros tribunais brasileiros que se lhe seguiram e ampliaram seu escopo** para abranger nascituros com outras anomalias e deficiências.

5.2.2 Falhas do Estado na prevenção da anencefalia e outras anomalias no nascituro

No que tange à ocorrência de anencefalia, a situação no Brasil não é nada boa[522]. O número de nascituros diagnosticados com essa anomalia no País, anteriormente à divulgação do *Acórdão* na ADPF/54, era de 18 casos a cada 10.000 nascidos vivos, o que é muitíssimo elevado e muito superior àquela observada em outros países (Alberto *et al.*, 2010). A bem mais recente "Análise da situação epidemiológica das anomalias congênitas no Brasil, 2010 a 2022", divulgada pelo MS (Brasil, 2024a), aponta que os "defeitos do tubo neural", que compreendem, além da anencefalia, outras patologias como a espinha bífida, "tiveram uma prevalência de 5/10.000 NV [nascidos vivos] entre 2010 e 2022. Em, 2022 sua prevalência variou de 1/10.000 NV (Acre e Amapá) a 7/10.000 NV (Ceará)". Em ambos os casos, **os índices consideram apenas os nascimentos com vida**, não computando, portanto, nascimentos sem vida, quer por morte do nascituro no organismo da mulher (natimortos), quer por abortos em razão da anencefalia, de modo que **não revelam exatamente as taxas de ocorrência de anencefalia em gestações no Brasil**. Considerando, porém, que "mais de 50% dos fetos anencéfalos morrem no útero materno" (Oliveira *et al.*, 2017, p. 15) e provocam nascimentos sem vida ou natimortos, o índice de ocorrência de anencefalia no Brasil pode ser o dobro do apresentado nessa análise epidemiológica, ou mais.

Computados ou não os números de natimortos e/ou abortos em razão de anencefalia, as taxas de sua ocorrência no Brasil continuam altas. O quadro fica ainda pior quando se sabe que "estudos recentes revelam que o suprimento de ácido fólico ou vitamina B9 antes e nos estágios iniciais da gravidez (1 a 3 meses antes da gravidez e até 12 semanas de gestação) pode prevenir drasticamente a anencefalia e reduzir sua prevalência em 50-70%" (Salari *et al.*, 2022, p. 2; livre trad.)[523] – além de outras anomalias no fechamento do tubo neural, como se vê no trabalho de Santos e Pereira (2007), e talvez até outras patologias, como o transtorno do espectro autista, a que se referem Carina S. Maia e colaboradores (2019) –, porém, há **falhas evidentes na execução de políticas públicas**

[522] Tópico 4.3.3.1.
[523] No mesmo sentido: Alberto *et alii* (2010), Fernandes *et alii* (2016) e Oliveira *et alii* (2017).

brasileiras relacionadas à suplementação desse componente vitamínico (Fernandes *et al.*, 2016; Maia *et al.*, 2019).

Isso pode explicar, p.ex., por que a taxa de NV com distúrbios do tubo neural, incluída a anencefalia, é sete vezes maior no Ceará do que a média brasileira. Contudo, nem mesmo o manual "Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos" (Brasil, 2014b) realça, como deveria (ou, ao menos, como *poderia*), a **necessidade de prevenir a ocorrência da anencefalia** por meio da suplementação de ácido fólico. Nesse passo, não se descura que a própria decisão na ADPF/54 possa ter contribuído (e continuar a contribuir) para essa falha estatal, pois permitiu uma *solução fácil* à anencefalia, o aborto, que talvez seja até *menos custoso aos cofres públicos*, pois, em números de 2022 e considerados tão-somente os nascidos vivos, seria *apenas 1 aborto* contra o fornecimento de suplemento da vitamina B9 a *10.000 gestantes*.

Oxalá! a relativamente recente publicação do "Caderno dos programas nacionais de suplementação de micronutrientes" pelo MS (2022c) colabore para a redução dos casos de anencefalia no Brasil, bem como de outras patologias decorrentes de má-formação do tubo neural. Isso porque o Caderno, atento às recomendações da OMS, de um lado, (a) mantém as "as políticas de fortificação das farinhas de trigo e milho com [...] ácido fólico" e, de outro, (b) prevê a suplementação de ácido fólico a gestantes "diariamente pelo menos 30 dias antes da data que se planeja engravidar até a 12ª semana de gestação" (p.22; sem sublinhas no original). Há, entretanto, ressalvas. A suplementação diretamente às gestantes como recomendado é claramente possível, porém, **desde que a mulher seja efetivamente orientada a respeito** para, buscar informações sobre seu planejamento familiar e/ou sua saúde reprodutiva, ou procurar atendimento médico no SUS ou outro serviço **antes de engravidar**. Tais ocorrências, contudo, podem **não ser uma *realidade* entre as mulheres brasileiras** e **dificilmente o é entre as mais vulneráveis**, pois a ineficiência do Estado brasileiro no campo do planejamento familiar e da saúde reprodutiva das mulheres não se restringe à adoção de métodos contraceptivos para prevenir gravidezes indesejadas[524].

[524] Tópico 5.1.

Por outra via, teoricamente essa ineficiência poderia ser suprida, ao menos em parte, por meio da política de fortificação das farinhas de milho e trigo com ácido fólico. Porém, já no início deste século, Santos e Pereira (2007) alertavam que:

> Alguns especialistas no Brasil têm questionado que talvez apenas a fortificação de farinhas não seja suficiente, considerando a diversidade dos hábitos alimentares regionais. Os dados da Pesquisa de Orçamento Familiar (POF 2002-2003) permitem avaliar em parte esta questão; para os produtos farináceos encontrados com frequência apreciável na POF (fubá, creme e flocos de milho, farinha de trigo, massas, panificados e biscoitos) a disponibilidade média diária domiciliar foi de 106,1g. Isto permitiria um aporte adicional de ácido fólico de 0,16mg/dia, levando em conta o nível da fortificação regulamentada. Há de se alertar, contudo, para variações regionais expressivas: no Sul a aquisição domiciliar média de farinhas e derivados foi de 144g/dia contribuindo, em tese, com 0,217mg de ácido fólico. Em contraste no Norte e Centro-Oeste a aquisição beirou as 70g/dia e o aporte de folato [ácido fólico] não passaria de 0,1mg. Porém, considerando que 24% da despesa com alimentos corresponderam a refeições fora do domicílio, o consumo real de farinhas e seus derivados é certamente maior. (Santos; Pereira, 2007; sem sublinhas no original)

Ou seja, desde cerca de 17 anos atrás se sabe que a política de fortificação de farinhas com ácido fólico **não é suficiente para o objetivo de prevenir a ocorrência de anencefalia** e outras falhas no fechamento do tubo neural de nascituro (ao menos em algumas regiões do País), o que também é apontado por Fernandes *et alii* (2016). Talvez mais grave seja o fato de que a própria existência dessa política – embora em tese necessária – pode atuar negativamente, no sentido de *eximir* os agentes estatais da adoção de medidas mais efetivas para prevenir essas ocorrências, justificando-se que *já há o fortalecimento de ácido fólico em farinhas*. Bem se vê que essa pode ser outra *solução fácil* e *menos custosa aos cofres públicos* que contribui para que o Brasil tenha taxas tão elevadas de anencefalia.

Claro que, do mesmo modo que o Estado brasileiro não pode obrigar ninguém, mulher ou homem, a adotar métodos contraceptivos, igualmente **não pode obrigar mulheres** que desejem engravidar ou que se encontrem grávidas **a suplementar sua alimentação com as dosagens de ácido fólico** recomendadas nas políticas públicas, nem, tampouco, a consumir produtos com farinhas de trigo e milho fortificadas com essa vitamina. Portanto, novamente se vê a necessidade de fortes investimentos estatais em educação em geral e em educação na área da saúde reprodutiva e planejamento familiar, com vistas a esclarecer as mulheres sobre a

redução do risco de anencefalia e outras falhas do fechamento do tubo neural de nascituros por meio da ingestão das dosagens recomendadas de ácido fólico.

Denota-se, pois, que, assim como o fornecimento de contraceptivos particularmente às mulheres é a alternativa mais eficaz e juridicamente coerente para evitar abortos inseguros e, consequentemente, riscos à saúde e à vida das mulheres em razão disso – e para reduzir a gravidez na adolescência e, em geral, gravidezes indesejadas, inclusive em decorrência de estupro –, **a suplementação de ácido fólico é a forma mais eficaz de prevenir a ocorrência de abortos em caso de anencefalia**, pois previne a própria anencefalia e outras patologias decorrentes de falhas no fechamento do tubo neural, e, quiçá, outras anomalias graves que possam acometer os nascituros. Contudo, é mister que o Estado brasileiro afaste as *soluções fáceis* – seja o aborto no caso de anencefalia, sejam outras –, e adote **medidas que efetivamente contribuam para diminuir o grave problema da anencefalia** e outras anomalias no Brasil, inclusive para cumprir suas obrigações previstas no ECA e na CIDC.

5.2.3 Abortos utilitarista, higienista e xenofóbico

Toma-se a liberdade de iniciar este tópico com uma digressão a partir de um dito normalmente proferido em espanhol, com um pequeno acréscimo: ***no creo en brujas pero que las hay, las hay… y también brujos!*** Isso para deixar claro que não se há de acreditar em *teorias da conspiração* patrocinadas por *grupos poderosos que querem dominar o Mundo* e que estariam *em curso sub-repticiamente*, identificadas por *signos e símbolos de aparência inocente* embutidos em falas, produtos, cédulas de dinheiro, propagandas *etc*., mas... Embora se acredite que a maior parte da população mundial se guia pelo cumprimento de seus deveres legais (e, por que não dizer, por sentimentos de bondade, altruísmo e solidariedade), não se pode deixar de lado o fato de que a *maldade* e *a malícia* do ser humano – de qualquer sexo – nem sempre estão à mostra e, por vezes, *por detrás de atitudes aparentemente beneméritas*, escondem-se *objetivos escusos* que vão além da imaginação da maioria das pessoas.

Esconder a maldade e a malícia humanas ficou ainda mais fácil a partir da expansão do **discurso *politicamente correto***, tornado comum nos EUA e hoje presente – e *quase imperante* – em praticamente todo o Mundo, ao menos ocidental.

Se há muitos aspectos verdadeiramente louváveis nesse *discurso* – como a promoção do combate à discriminação, ao preconceito *etc*. e até o impulsionar de uma convivência mais sadia entre os indivíduos –, ele tem o **grave demérito de *incentivar* a formação de *hipócritas***, e lhes fornece o *embasamento teórico* e as *justificativas* para tanto, como também de ***covardes***, que não se abalançam em afrontar a opinião alheia que vá de encontro aos valores que, ao menos teoricamente, os animam. É certo que sempre houve seres humanos *maldosos* e *maliciosos*, *hipócritas* e *covardes*, porém, o *politicamente correto* se converteu em uma *norma social/moral* que torna *execráveis* os que *se lhes ousam opor* e *expor qualquer entendimento que contrarie seus cânones* – posto que o façam com todos os cuidados possíveis para *evitar suscetibilidades* às *sensíveis mentes politicamente corretas* –, ou simplesmente se descuidam de observá-los. Seus postulados se converteram, assim, numa formidável *cartilha* aos que *vivem de enganar* (e enganar-se), ou *com medo da opinião do outro*, e neles se imbuem cada vez mais, na errônea convicção de que **mais importa *parecer* do que *ser***. Notam que basta a **simples evitação do discurso *politicamente incorreto*** – seja nas suas redes sociais, na mídia falada/escrita, nas cátedras, nas tribunas, nos palanques, nos púlpitos, nos simpósios/conferências, nos palcos, nos clubes *etc*., seja nas pequenas rodas de amigos e até na própria família – para esconder seus pensamentos e suas reais intenções... E se dedicam a **mascarar sua *verdadeira face***, porquanto, em qualquer ocasião e situação, **o *mais relevante* para eles é apresentar aos outros *sua faceta politicamente correta***, já que ***o resto não importa***, ou muito pouco importa!

Teodoro (2005), ao explanar sobre o rol de práticas de eugenia negativa, afirma que:

> [...] Não se pode afastar desse rol a sonegação de assistência médica a determinados grupos de indivíduos, discriminados por sua classe social, raça, origem ou qualquer outra forma de diferenciação. Neste caso, existe a prática de uma eugenia velada e corrente, protegida pelo véu da carência de verbas públicas, que pode ter um âmbito regional ou global, pois, da mesma forma que é empregada na política pública de um Estado, também é empregada no cenário internacional, através da negligência dos países detentores de avanços médico-científicos, em face dos países pobres, tomados por epidemias. (Teodoro, 2005, p. 245–246; sem sublinhas no original)

Acrescente-se à ***sonegação de assistência médica*** – em particular na área da saúde e educação sexual, reprodutiva, de planejamento familiar e de

contracepção – a **de assistência social que realmente *assista* o ser humano** na melhoria das suas condições socioeconômicas e, no particular, **que verdadeiramente atenda às necessidades de mulheres** que, p.ex., passam por gravidezes indesejadas/não planejadas. Alie-se, ainda, a **ausência de uma educação de qualidade que efetivamente dignifique** as incontáveis mulheres (e homens) de todas as idades que se encontram na condição de *vulneráveis entre as vulneráveis*, no País. **Sem uma educação de qualidade**, dificilmente tais mulheres (e homens) conseguirão apreender a dimensão dos conceitos relacionados a saúde sexual e reprodutiva, planejamento familiar e métodos contraceptivos, assim como a extensão de seus direitos e deveres, e internalizá-los, de modo a agir com segurança e responsabilidade também nessa seara.

No que toca especialmente à educação – que deveria ser a base de todas as políticas públicas visando às *pessoas humanas*, pois é o que realmente lhes pode propiciar *dignidade* (CF, art. 1º, III) –, há pelo menos uma dezena de anos, a baixa qualidade do ensino brasileiro, notadamente do ensino público, é manchete em notícias várias com informações alarmantes[525]. Não faltam publicações de instituições de ensino superior que analisam os dados referentes à educação disponibilizados pelo Governo Federal, apontando, p.ex., os preocupantes índices de *analfabetismo funcional*, que caracteriza grande parte da população brasileira jovem e adulta, que, apesar de conseguir ler e escrever, apresenta graves dificuldades para compreender o que lê/ouve, com limitações que vão muito além disso, pois não consegue aplicar conceitos básicos de matemática, o que está **muito aquém do que é minimamente esperado de políticas públicas educacionais sérias e eficientes**[526]. Esse cenário

[525] Notícias do gênero podem ser encontradas em diversos *sites*, mas, para exemplificar, cita-se algumas que se reportam a publicações oficiais recentes: "Quase 9 milhões de brasileiros de 18 a 29 anos não concluíram a escola, apontam dados divulgados pelo MEC" (Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2024/02/22/censo-escolar-2023.ghtml); "Pela primeira vez, índice de alunos de 6 a 14 anos no ensino fundamental fica abaixo da meta no Brasil, mostra Pnad" (Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2024/03/22/pela-primeira-vez-indice-de-alunos-de-6-a-14-anos-no-ensino-fundamental-fica-abaixo-da-meta-no-brasil-mostra-pnad.ghtml); "Taxa de analfabetismo no Nordeste é o dobro da média do Brasil; na região, 14% não sabem ler e escrever uma carta simples" (Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2024/05/17/taxa-de-analfabetismo-no-nordeste-e-o-dobro-da-media-do-brasil-na-regiao-14percent-nao-sabem-ler-e-escrever-uma-carta-simples.ghtml). (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[526] É significativa a esse propósito, a reportagem do Jornal da USP datada de 2020 e intitulada "Escolas brasileiras ainda formam analfabetos funcionais", a qual aponta que "cerca de 29% da população brasileira tem dificuldades para ler textos e aplicar conceitos de matemática; para especialistas, dados refletem a falta de investimentos na educação" (Disponível em: https://jornal.usp.br/atualidades/escolas-brasileiras-ainda-formam-analfabetos-funcionais/. Acesso em: 8 nov. 2024).

é retratado igualmente em relatórios do próprio Governo Federal, como o recente "Relatório do 5º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação – 2024" (PNE) (2024b), que, trazendo série história de 2013 a 2021, aponta dados nele próprio descritos como *bastante preocupantes*, como se vê destes excertos:

> De modo geral, observa-se que tanto em Língua Portuguesa (leitura) quanto em Matemática há uma evolução positiva no aprendizado dos estudantes do 5º ano do EF [Ensino Fundamental] de 2013 a 2021, visto que diminuiu o percentual de alunos posicionados nos níveis mais baixos das escalas de proficiência das duas áreas do conhecimento avaliadas ([...]). Não obstante, verifica-se que permanece considerável o quantitativo de estudantes cuja proficiência está situada nos níveis mais baixos das escalas, indicando baixo aprendizado. Estudos que utilizam parâmetros definidos na literatura para o nível adequado/suficiente de aprendizado mostram uma tendência de crescimento no percentual dos estudantes do 5º ano que alcançam o nível adequado tanto em Língua Portuguesa quanto em Matemática até 2019, porém uma redução em 2021, atribuída aos efeitos negativos da pandemia de covid-19 ([...]). Os estudos mostram ainda que é considerável o percentual de estudantes do 5º ano do EF com proficiência situada abaixo do nível adequado de aprendizado em Língua Portuguesa e em Matemática e que são grandes e persistentes as desigualdades no aprendizado dos estudantes associadas a características sociodemográficas, como nível socioeconômico, raça/cor etc. ([...]). (Brasil, 2024b, p. 174; sem sublinhas no original)

> Em que pese o fato de haver, desde o início do PNE, uma diminuição dos percentuais de alunos situados nos níveis mais baixos das escalas e um aumento em níveis mais elevados, comparando 2013 e 2021, percebe-se a persistência de percentuais significativos de alunos dos níveis mais baixos. A situação é bastante preocupante, considerando que são alunos que estão finalizando o ensino fundamental. Vários estudos que utilizam como parâmetros do nível adequado de aprendizado os propostos em Soares (2009) apontam que, embora tenha havido, desde o início da vigência do PNE, um aumento do percentual de estudantes que alcançam o nível adequado, os percentuais alcançados continuam muito abaixo do que se pretende. Ao identificar o perfil dos estudantes cuja proficiência se localiza abaixo do nível adequado, os estudos mostram a grande desvantagem educacional que atinge os grupos sociais de baixo nível socioeconômico, de cor/raça preta e parda, residentes nas zonas rurais etc. ([...]). (Brasil, 2024b, p. 180–181; sem sublinhas no original)

> A análise das duas dimensões do Ideb [Índice de Desenvolvimento da Educação Básica] aponta que houve, em 2021, um aumento da taxa de aprovação do EM [Ensino Médio] ([...]) e uma redução da proficiência média padronizada dos alunos da 3a série do EM participantes das avaliações do Saeb [Sistema de Avaliação do Ensino Básico] ([...]). A taxa de aprovação em 2021 alcançou 90,1%, enquanto a proficiência média padronizada dos alunos, envolvendo as áreas de Língua Portuguesa e de Matemática, reduziu-se de 4,8 em 2019 para 4,6 em 2021. Considerando separadamente os resultados do desempenho dos alunos da 3a série do EM no Saeb 2021 em Língua Portuguesa (leitura) e em Matemática, verifica-se, nas duas áreas, uma diminuição nas proficiências médias dos estudantes em relação ao Saeb 2019, com declínio maior em Matemática ([...]). (Brasil, 2024b, p. 182; sem sublinhas no original)

> Considerando os níveis de aprendizado alcançados pelos estudantes da 3ª série do EM, a análise da distribuição desses alunos pelos níveis de proficiência das escalas de Língua Portuguesa e de Matemática do Saeb, comparando 2013 e 2021, mostra que permanece considerável a concentração de estudantes cuja proficiência está localizada nos níveis mais baixos das escalas, evidenciando o aprendizado precário desses alunos. Na mesma direção, estudo que analisou os níveis de aprendizado alcançados por esses estudantes, considerando o nível adequado de aprendizado definido em Soares (2009), mostra que são elevados, em 2021, os percentuais de alunos com proficiência localizada abaixo do nível adequado tanto em Língua Portuguesa quanto em Matemática ([...]). (Brasil, 2024b, p. 184; sem sublinhas no original)

Alie-se esses dados àqueles que revelam que a maior parte das mulheres que recorrem ao aborto inseguro são, justamente, as que se encontram nesses *grupos sociais de baixo nível socioeconômico, de cor/raça preta e parda etc.*, como alinhado pelo *Voto* na ADPF/442. Daí se observa que **o problema não é somente de ineficiência do Estado brasileiro nas áreas da saúde e da educação sexual, reprodutiva, de planejamento familiar e de contracepção**, nem na assistência social, **mas é muito mais grave**, pois muitas dessas pessoas – especialmente mulheres – tiveram e têm uma educação escolar tão pífia que, talvez, sequer sejam capazes de apreender a importância dos métodos contraceptivos para evitar uma gravidez indesejada, ou só se apercebem disso, quando passam por ela, uma e outra vez...

Abre-se o penúltimo parêntesis: tudo isso parece indicar que o modelo atual de educação brasileira, compreendida a formação de professores e sua valorização – que se reflete na remuneração, mas não só – em particular os da rede pública de ensino, está em xeque, não apenas pelos investimentos insuficientes, mas, igualmente em relação ao próprio modelo, que parece demandar urgentes e drásticas mudanças. As instituições privadas de ensino até conseguem suprir deficiências do modelo educacional vigente, pois podem incluir disciplinas, metodologias e enfoques em seus projetos pedagógicos que melhor atendam seus alunos, sem desatender as orientações do Ministério da Educação (MEC), mas as públicas, com honrosas exceções – como certas universidades federais e estaduais e algumas escolas do ensino básico (EF e EM) espalhadas pelo Brasil[527] –, em geral têm de se ater a elas,

[527] Como é o caso, p.ex., da Escola de Ensino Médio de Tempo Integral Joaquim Bastos Gonçalves, da cidade de Carnaubal (CE), que, em 2023, recebeu o prêmio "Melhores Escolas do Mundo" (Disponível em: https://g1.globo.com/ce/ceara/educacao/noticia/2023/11/04/escola-do-ceara-vence-premio-de-melhor-do-mundo.ghtml). Aduza-se que não são nada raras premiações internacionais recebidas por pesquisadores de universidades públicas brasileiras, embora tristemente seja comum a evasão de cientistas do País, em razão, sobretudo, da falta de oportunidades e da precariedade de

mas mal conseguem atendê-las e enfrentam dificuldades de todos os matizes... ***Fecha-se parêntesis***.

Porém, **investir em políticas efetivas e dignificadoras do ser humano nas áreas da educação, saúde e assistência social é muito *caro***, pois demanda a destinação de quantias vultosas de recursos públicos para: (a) construção/destinação de prédios para abrigar os serviços públicos nessas áreas; (b) aquisição de bens, em especial equipamentos de saúde de última geração e suprimento de materiais e equipamentos de tecnologia a escolas e universidades públicas, hoje imprescindíveis à prestação desses serviços com qualidade e eficiência; e (c) realização de concursos públicos para contratação de médicos, enfermeiros, psicólogos, terapeutas, professores, assistentes sociais e outros tantos servidores públicos, na qualidade de titulares, para suprir as vagas existentes nessas áreas – não raro preenchidas apenas temporariamente por meio de processos seletivos simplificados[528] – e a abertura de novas vagas para atender às crescentes necessidades da população brasileira[529]. Isso para ficar apenas em alguns dos problemas mais *visíveis*, *aparentes*, mas que também passam, p.ex., pela reformulação das políticas públicas nessas áreas e

condições de trabalho no Brasil (Disponível em: https://abrasco.org.br/cerebros-em-fuga-poucas-oportunidades-e-falta-de-carreira-estruturada-empurram-cientistas-brasileiros-ao-exterior/), que, além de perdê-los para outros países, com reflexos negativos na educação, depois importa, *a peso de ouro*, os produtos e soluções lá desenvolvidos pelos seus nacionais. (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[528] O processo seletivo simplificado para suprimento temporário de vagas no setor público é regulado pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que admite "a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal". Essa lei, porém, foi toda modificada por leis posteriores e, em vez de tal espécie de contratação ser realmente *excepcional*, como deveria, na prática, passou a ser *lugar comum*. Notadamente na área da educação, qualquer órgão público, incluídas as universidades públicas, costumeiramente têm suprido vagas nos seus quadros sem a contratação de titulares, e parece que podem continuar com essa prática *ad æternum*. No entendimento deste autor, há flagrante ofensa à CF com a adoção dessa prática – pois, se bem que haja *excepcional interesse público*, por se tratar da educação e outras áreas relevantes, a necessidade *não é temporária*, mas *permanente*, pela falta constante de titulares que deveriam ocupar os cargos – e esse é um grave problema público. Para atender à CF, haveriam de ser fixados critérios mais rígidos para contratações temporárias, como limite máximo para o emprego dessa alternativa, a partir do qual o órgão público deveria ser obrigado a promover concurso para contratação de titulares.

[529] Apesar da enorme carga tributária suportada pelos brasileiros, os recursos públicos nunca parecem suficientes para atender às demandas da população, em particular nas áreas da saúde, educação e assistência social, pois, quando não são desviados por meio de crimes contra o patrimônio público – os crimes mais hediondos de todos os imagináveis, na opinião deste autor, pois não afetam uma ou poucas pessoas, mas prejudicam toda a sociedade brasileira, especialmente a sua parcela mais desprovida de recursos e meios de suprir as suas necessidades –, são destinados a outras finalidades, talvez consideradas *mais nobres* pelos elaboradores/aprovadores dos orçamentos públicos e autores de emendas parlamentares. Certamente há outras demandas importantes a serem atendidas – p.ex., investimentos em infraestrutura, ainda muito precária em diversas regiões do País, incluída a sanitária que afeta diretamente a saúde –, porém nenhuma mais *nobre* que aquelas em educação, saúde e assistência social dignificantes, todas de matriz constitucional.

atualização de normas técnicas e manuais que tocam mais de perto ao tema tratado, como o que diz respeito ao fato de, hodiernamente, o crime de estupro ser processado mediante ação penal pública incondicionada, o que, porém, não está correta e claramente explicitado em documentos públicos, que continuam tratando-o como crime de ação penal privada[530].

Frente a tais *dificuldades* – abrigadas sob o "véu da carência de verbas públicas", como diz Teodoro (2005, p. 245) – a **solução *óbvia*** para o ***problema de saúde pública*** representado pelo ***aborto inseguro***, que de fato existe, **passou a ser a descriminalização do aborto, de preferência ao livre-arbítrio da mulher**. É a **solução *mais fácil* e *menos custosa*** ao erário público: não demanda *investimentos* em imóveis e equipamentos, nem *contratação de servidores públicos*, nem tampouco melhorias nas áreas da saúde, educação e assistência social... **é o aborto *utilitarista***, na pior acepção do termo.

Quando se agrega a isso o fato de que o aborto inseguro se verifica com maior frequência nas camadas mais desprovidas da população e tem sido autorizado o aborto de nascituros com anomalias e deficiências várias, muito além da anencefalia, posto que possam sobreviver ao parto por períodos mais ou menos longo, surge o **aborto *higienista***. Esse revela uma **face mais sinistra do aborto**, pois parece transparecer uma *política de eliminação de pessoas vulneráveis economicamente* e/ou *com deficiências*, de modo a ***liberar***, quer o **Estado**, quer os **planos de saúde**, as **famílias** e a **sociedade** em geral **do dever de sustentá-las enquanto viverem**; afinal, com o perdão da ironia uma vez mais, ***poderiam ser abortadas* e não se transformariam em *encargo* para ninguém**.

E, ademais, há um outro lado do aborto tão sinistro quanto: o **aborto xenofóbico**. Foi notícia, em diversas publicações na Internet, que o Parlamento Europeu aprovou, em abril de 2024, resolução visando a incluir o aborto como um direito fundamental na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[531]. Coincidência ou não, essa resolução veio em um momento em que há grande afluxo de imigrantes – muitos fugindo de conflitos armados em seus países de origem[532] –,

[530] Tópico 4.1.8.

[531] P.ex.: do canal Euronews, p.ex. (Disponível em https://pt.euronews.com/saude/2024/04/11/parlamento-europeu-aprova-resolucao-para-incluir-aborto-nos-direitos-fundamentais-da-uniao. Acesso em: 8 nov. 2024).

[532] Em todo o Mundo, triplicou o número de refugiados em 2023, segundo dados de notícia da BBC (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cj77m54lpj8o. Acesso em: 8 nov. 2024).

o que gera grandes polêmicas em diversos níveis não só na Europa[533], mas em muitos outros locais do Mundo, como os EUA[534] e o próprio Brasil. **Se não é possível deter as ondas de imigração, o aborto livre de quaisquer amarras** e classificado como um *direito fundamental* permite a mulheres de quaisquer nacionalidades abortar, o que **se torna uma *opção atraente*** inclusive para a imigrante que engravida inesperadamente e se vê refugiada em um país estranho, onde possivelmente é vítima de preconceito e discriminação por habitantes locais. Igualmente pedindo perdão pela ironia ainda outra vez, com essa medida, os *países democráticos e desenvolvidos* do Mundo[535] *resolvem* parte dos *problemas futuros* gerados pelas migrações em massa...

Em vista disso, talvez não por *mero acaso*, algumas das recomendações internacionais que propugnam o aborto ao livre-arbítrio da mulher não são emitidas por comissões, comitês e conferências de direitos humanos de organismos internacionais, mas por suas **comissões e comitês e conferências que velam prioritariamente pelos aspectos econômicos dos Estados membros**, notadamente seu desenvolvimento e crescimento econômico. Das recomendações analisadas, excepciona-se o Comentário Geral nº 36 ao art. 6º do PIDCP, que partiu do Comitê dos Direitos Humanos da ONU, cujo item 8, que remete ao aborto ao livre alvedrio da mulher, parece até se tratar de uma interpolação, dado seu caráter paradoxal em relação ao restante do documento[536]. Porém, as demais resultam, direta ou indiretamente, de ações voltadas ao desenvolvimento/crescimento econômico dos Estados participantes: (a) a Conferência do Cairo é o *codinome* da **Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento** protagonizada pela ONU e,

---

[533] Um exemplo de polêmicas europeias a respeito de refugiados pode ser vista em reportagem da CNN (Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/crise-recente-de-imigrantes-na-italia-traz-de-volta-divisoes-entre-europeus-e-problema-sem-fim/. Acesso em: 8 nov. 2024).

[534] No caso dos EUA, porém, parece ter havido um movimento inverso ao europeu, no que tange ao aborto, ao menos parcialmente: no dia 24 de junho de 2022, a Suprema Corte estadunidense "suspendeu a decisão conhecida como *Roe vs Wade*, […] sustentando que não há mais um direito constitucional federal ao aborto" (Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/suprema-corte-dos-eua-reverte-decisao-que-garantia-direito-ao-aborto/; Acesso em: 8 nov. 2024). Essa decisão foi referida no *Voto*, que esclarece que aquela "Suprema Corte decidiu que a Constituição do país não assegura o direito ao aborto, anulando os precedentes *Roe v. Wade* e Planned Parenthood v. Casey*"* e que, "segundo o Tribunal, os Estados teriam competência para regular o acesso aos serviços de aborto" (p.89), mas, s.m.j., ali não foi comentado para mais disso. De todo modo, essa decisão da Suprema Corte estadunidense foi tida como um *grande retrocesso* por aquelas e aqueles que se postam favoráveis ao aborto ao livre-arbítrio da mulher e ao aborto em geral, mas é um alento em defesa da vida do nascituro.

[535] Na expressão do acórdão proferido pela 1ª Turma do STF no HC 124.306/RJ (v. nota de rodapé nº 250).

[536] Tópico 4.2.12.

embora a Conferência de Pequim tenha sido proferida no bojo da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, reafirma a Conferência do Cairo e claramente relaciona a falta de atenção a direitos reprodutivos da mulher a limitações ao pleno exercício dos seus direitos econômicos, inclusive como justificativa para o aborto; (b) o Consenso de Montevidéu foi emitido no âmbito da Cepal, ou **Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe**, no âmbito da OEA; e (c) o Comentário Geral nº 22 ao art. 12 do Pidesc, ou Pacto Internacional dos *Direitos Econômicos*, Sociais e Culturais, foi exarado pela **Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** da ONU, este apresentando a mais intransigente defesa do aborto ao livre-arbítrio da mulher, dentre as recomendações examinadas, sem sequer referir o direito de autodeterminação dos Estados garantido pelo próprio Pidesc.

Essas últimas recomendações internacionais fundamentam-se, principalmente, em pautas de desenvolvimento e crescimento econômico mundial/regional quem visam à eliminação de desigualdades de todo o gênero e da miséria, acertadamente propugnando pela melhoria das condições econômicas das mulheres que, em muitos locais do Mundo, ainda vivem relegadas a uma *cidadania de segunda classe*, no dizer do *Voto*. Porém, quando defendem o aborto ao livre-arbítrio da mulher, colocam, sub-repticiamente ou não, que **a gravidez seria um *empecilho* ao seu crescimento *profissional***. Parecem **enxergar a mulher apenas como *força de trabalho*** – e isso independente de a economia local ser orientada por doutrinas de índole capitalista, ou de caráter marxista –, **objetificando-a para que *não pare de produzir*, *nem diminua sua capacidade de produção***, o que fatalmente ocorre quando engravida e se torna mãe, por um período mais ou menos longo[537]. Para tanto, simplesmente **negam que o nascituro tenha vida e direito à vida** e autorizam (ou *estimulam*?) o aborto, propagando que a mulher *tem direito de decidir* sobre a continuidade da gestação, com base no *seu projeto profissional/econômico*.

[537] Avanços jurídico-trabalhistas na proteção à maternidade (e à paternidade), em especial em países desenvolvidos, garantem direitos trabalhistas antes não imaginados à mulher grávida/mãe. É o caso, p.ex., da Alemanha, onde "a licença-maternidade inicial dura, em média, 14 semanas" e, "após esse período, cada responsável tem a opção de permanecer em casa por até três anos para cuidar dos filhos, sem o risco de perder o emprego" (Disponível em: https://istoe.com.br/licenca-paternidade-pode-durar-ate-tres-anos-na-alemanha-sem-risco-de-perda-do-emprego/. Acesso em: 15 set. 2024). Todavia, esses avanços implicam maiores dispêndios de recursos públicos (ou de planos de previdência privada) e diversas consequências para as relações de trabalho, positivas ou negativas Talvez não seja coincidência que muitos desses países figuram na lista dos que autorizam o aborto ao livre-arbítrio da mulher.

Abrindo o último parêntesis, extrapola-se o olhar para além do aborto, para aludir que o quadro se apresenta com *tintas mais sombrias e tenebrosas*, pois, embora esses e outros documentos internacionais, em geral, propugnem pela eliminação da miséria, muito tristemente ainda se vê crianças e mulheres grávidas, muitas delas muito jovens, morrerem de fome e por doenças facilmente evitáveis, tratáveis e curáveis na atualidade, em diversos países ou Estados do Mundo, em total desrespeito ao direito à vida de incontáveis seres humanos nascidos ou por nascer. Muitas dessas situações são provocadas por conflitos internos nesses países ou entre eles e países vizinhos – instigados por questões diversas, dentre as quais se vê motivações ideológico-religiosas e étnicas, mas também econômicas, de divisão territorial *etc*. – e é claro que, no plano internacional, vigora o princípio da soberania e da autodeterminação dos povos, em razão do qual é vedada a intervenção de um Estado em questões internas de outro. Daí já se vê que a situação jurídica, em casos que tais, é bastante complexa e as iniciativas internacionais normalmente se limitam a promover *missões de paz* e a fornecer *ajuda humanitária*. Isso, porém, ocorre eventualmente e no plano *oficial* ou *politicamente correto*, pois, *por debaixo dos panos*, alguns membros da comunidade internacional alimentam continuamente esses conflitos, quer com armas, quer com ideologias – que podem ser tão mortais quanto implementos bélicos, pois conservam permanentemente acesa a chama dos conflitos, talvez numa rememoração da antiga técnica romana de dominação do *divide et impera*[538] –, ou, de outro lado, se mantêm inertes quando poderiam agir, omitindo-se inclusive em tentar encontrar soluções jurídicas que possam ser aplicadas, no plano do Direito Internacional, para minimizar esses terríveis agravos que, em

[538] Essa técnica, infelizmente, ainda se faz (oni)presente na sociedade contemporânea, inclusive brasileira, onde se vê grupos que se opõem (mulheres *vs.* homens, homossexuais *vs*. heterossexuais, pretos ou negros *vs*. brancos, indígenas *vs*. não-indígenas, sem-terra ou sem teto *vs*. proprietários de terras ou de imóveis, pobres *vs*. ricos, trabalhadores *vs*. patrões, direita *vs*. esquerda *etc*.) em atitude aparentemente inconciliável, e cuja oponibilidade e inconciliabilidade parece ser incessantemente fomentada, inclusive como *estratégia* político-partidária de manutenção do poder – qualquer que seja a orientação ideológica, filosófica, econômica *etc*. seguida por políticos e partidos políticos. Tal postura é extremamente lamentável e verdadeiramente indesejável em qualquer extensão, mas sobretudo quando parece não se restringir a certos *nichos sociais*, mas contaminar *quase toda a sociedade brasileira*. Espera-se seja apenas *fruto malsão de pequena produção e sementes inférteis*, resultado de *plantio insensato de alguns poucos indivíduos* em uma breve fase do longo processo de *amadurecimento político-democrático* do Povo brasileiro, e que logo ceda lugar a atitudes menos competitivas e mais cooperativas entre os seus membros, de modo a realmente "construir uma sociedade livre, justa e", principalmente, "solidária", promovendo "o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos dos incisos I e IV do art. 3º da CF.

verdade, atingem toda a Humanidade e não só os povos envolvidos diretamente nos conflitos. Esses agravos só não são piores porque há a atuação de grupos internacionais independentes, não raro mantidos maiormente por doações privadas, que se dedicam a prestar ajuda humanitária às populações atingidas pelas guerras e conflitos internos ou externos[539]. De uma ou de outra forma, essas atitudes parecem descortinar um tipo ainda mais tenebroso de *eugenia*, que sequer se encontra palavras para nominar precisamente: aquela que, por ação ou omissão, permite que *pessoas humanas morram de fome e de doenças curáveis, e que povos se matem e até se extingam*. ***Fecha-se o derradeiro parêntesis***.

Percebe-se que *sobram discursos* – muitos focando apenas em assuntos específicos, como os direitos das mulheres, porém, desvinculados do todo, numa atitude reducionista –, mas ***faltam atitudes positivas* no sentido do tema principal**, que é **a valorização e a defesa da vida do ser humano em toda a sua extensão**, da concepção à morte, para que ocorrências sinistras da espécie – em particular o aborto, salvo quando necessário para salvar a vida da mulher – desapareçam da face da Terra o mais rápido possível.

Bem! *no creo en brujas ni tampoco en brujos, pero*... **objetivos utilitaristas, higienistas e xenofóbicos**, posto que inconscientemente, **podem estar por detrás do aumento de pressões pela liberalização do aborto ao livre-arbítrio da mulher** e em quaisquer outras situações, em todo o Mundo e inclusive no Brasil. É óbvio que dificilmente se pode afirmar algo a esse respeito, mesmo porque, se há pessoas que defendem tais objetivos como motivação para o aborto, muito raramente irão se expor. Ao contrário, procurarão **manter-se alinhadas ao *discurso politicamente correto*** e fornecerão **justificativas** diversas – sempre **as *mais palatáveis possíveis à opinião pública*** – para conseguir a adesão aos seus escopos velados, como os já *velhos conhecidos* bordões de *assegurar à mulher seus direitos à liberdade sexual e reprodutiva*, ou *garantir que a mulher tenha igualdade de condições profissionais em relação ao homem*, ou *combater o problema de saúde pública representado pelo*

[539] A situação de miséria nesses países, que leva à morte de incontáveis seres humanos nascidos ou por nascer é mitigada por ações não governamentais de entidades independentes que atuam internacionalmente, como o Movimento Internacional da Cruz Vermelha, Médicos Sem Fronteiras, Fraternidade Sem Fronteiras e tantos outros. Não obstante, sua benemérita atuação é limitada e, portanto, insuficiente para suprir todas as carências existentes, e continuam a ocorrer infindáveis mortes por fatos que poderiam ser evitados com ações efetivas da comunidade internacional no sentido da proteção da vida humana, em todas as fases do seu desenvolvimento.

aborto inseguro e tantos outros que, como demonstrado à saciedade, não têm estofo suficiente para se sobrepor ao direito à vida do nascituro, assegurado em caráter de absoluta prioridade pela CF.

Pergunta-se, pois: *o que realmente justifica a tentativa de descriminalizar o aborto no Brasil, de modo a admitir possa ser realizado ao livre-arbítrio da mulher, a despeito de se fixar uma determinada IG para isso?* Podem ser encontradas diversas respostas a esse questionamento, algumas totalmente reprováveis, como as embasadas em eugenia negativa, sob qualquer de suas formas, mas outras até admissíveis em vista de certas correntes da Filosofia e em determinados ramos das Ciências. Entretanto, **quando se a busca no Direito brasileiro, não se encontra resposta realmente capaz de justificar a inclusão, no sistema jurídico nacional, do aborto ao livre-arbítrio da mulher, nem, tampouco, a manutenção do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, ou no caso de nascituro com anencefalia ou outra qualquer anomalia grave**, porquanto, como incansavelmente reiterado, a CF assegura ao nascituro o direito à vida e seus correlatos em caráter de absoluta prioridade sobre quaisquer outros, porquanto vigem na qualidade de **cláusulas pétreas de superior hierarquia em essência**, inclusive sobre outras cláusulas pétreas, mesmo as que outorgam direitos e garantias às mulheres, ou a quem quer que seja.

5.3 *OBITER DICTUM*: FALHAS ESTATAIS EM RELAÇÃO AO HOMEM

Parafraseando a então relatora da ADPF/442 no seu *Voto*, *se é para falar a sério* sobre igualdade de direitos sexuais e reprodutivos entre mulheres e homens, é mister pontuar, ainda que rapidamente, que **os homens também são vítimas de violência sexual e doméstica, inclusive praticada por mulheres**. Esse fato, porém, é de regra omitido em diversos discursos, incluídos os que se fazem pró-aborto – que, quando citam o homem, é para pintá-lo como o *estuprador*, o *patriarcalista*, o *machista*, o *feminicida*, o *agressor violento etc*. – e **é igualmente omitido pelo Estado**, principalmente quanto à proteção contra a violência sexual e doméstica que é devida assim aos seres humanos do sexo feminino como aos do sexo masculino.

É certo que o Brasil possui uma Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem (Pnaish), incluída na Portaria de Consolidação GM/MS nº 2, de 28 de

setembro de 2017[540], como Anexo XII, atualmente vigendo com a redação dada pela Portaria GM/MS nº 3.562, de 12 de dezembro de 2021[541], mas não é menos certo que a Pnaish **sequer toca, de forma expressa, na problemática da violência sexual e doméstica contra o homem**. Tem, sim, dentre seus objetivos enumerados no art. 4º do Anexo XII, "promover a mudança de paradigmas", mas restringe-se "à percepção da [própria] população masculina em relação ao cuidado com a sua saúde e a saúde de sua família e comunidade" (inciso II); fala, ademais, em "redução da morbimortalidade por causas externas", mas cita apenas "acidentes de transporte, acidentes de trabalho, violências e suicídio" (inciso XVI), parecendo se preocupar mais com a violência a que o homem se sujeita nas ruas, que aquela que pode facear em seu próprio domicílio conjugal.

A situação não melhora quando a Pnaish toca em questões relacionadas à saúde sexual, pois seus objetivos se restringem a "ações de promoção da sexualidade responsável e prevenção de infecções sexualmente transmissíveis, além das ações de assistência às disfunções sexuais e reprodutivas" (art. 4º, XII) e "prevenção e o controle das infecções sexualmente transmissíveis, em especial, da infecção pelo HIV, sífilis e hepatites virais" (art. 4º, XIV). Já o eixo temático "sexualidade responsável e planejamento familiar" apenas tem em mira "sensibilizar gestores(as), profissionais de saúde e a população em geral para reconhecer os homens como sujeitos na promoção da sexualidade responsável e no planejamento familiar, os envolvendo nas ações voltadas a esse fim e implementando estratégias para aproximá-los desta temática" (art. 5º, II). No mais, as ações estatais voltadas para os homens, ao menos as que ganham maior visibilidade, se referem à prevenção do câncer de próstata – especialmente por ocasião do *Novembro Azul*, campanha lançada em 2011 pelo Instituto Lado a Lado pela Vida (LAL) (2023) e encampada pelo MS – e, bem mais recentemente, do câncer de pênis[542], deixando de lado outras questões relativas à saúde sexual e reprodutiva, a que se refere, p.ex., o item 41 do Consenso de

[540] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politicas.html. Segundo o *site* do Ministério da Saúde, "o Brasil é o único país da América Latina com uma política de saúde específica para a população masculina" (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-do-homem). *Links* acessados em: 8 nov. 2024.

[541] Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2021/prt3562_15_12_2021.html. Acesso em: 8 nov. 2024.

[542] Nota Técnica nº 5/2024-COSAH/CGACI/DGCI/SAPS/MS (Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/saude-do-homem/notas-tecnicas/nota-tecnica-no-5-2024-cosah-cgaci-dgci-saps-ms/view. Acesso em: 8 nov. 2024).

Montevidéu, e mesmo a outros aspectos próprios do homem que exigem atendimento diferenciado, assim como os aspectos próprios da mulher o exigem. Parecem acertadas as críticas dirigidas à Pnaish por Alberto M. Martins e Bernardo S. Malamut (2013) – um tanto antigas, é verdade, mas esse é um dos poucos trabalhos que analisam as ações estatais voltadas à saúde do homem no Brasil.

A **violência sexual contra homens** no País, apesar de pouco estudada, é **uma realidade**, especialmente a praticada **contra meninos**, **rapazes e idosos**, e pode ser **perpetrada por homens ou mulheres**, porém **é muito menos notificada que a violência contra as mulheres, que já é subnotificada**. É o que se vê em reportagem de Christina Queiroz (2024), que informa que as estimativas são de que, "no Brasil, 9,4 milhões de pessoas sofreram violência sexual alguma vez na vida; dentre elas, está 1,8 milhão de meninos e homens", e que "dados do Ministério da Saúde indicam que, na adolescência, 46% das meninas vítimas dessas agressões chegam a denunciar os casos", porém, "para os meninos, o percentual equivale a apenas 9%" (p.77; sem sublinhas no original). A articulista assenta que "os patamares mais altos de subnotificação, em relação às mulheres", segundo pesquisadores do assunto, "relacionam-se com estereótipos associados à masculinidade" – que, p.ex., comemoram o fato de um menino de 12 anos iniciar-se sexualmente com a mãe de um colega, sem que se apercebesse que estava sendo agredido sexualmente por ela, como se lê na reportagem –, mas igualmente decorrem da "pouca visibilidade que o problema tem na sociedade, algo que se reflete, também, na escassez de estudos voltados à compreensão desse tipo de violência" (p.77; sem sublinhas no original)[543].

Aduza-se que as definições do crime de estupro (CP, art. 213) e a inclusão da tipificação dos crimes sexuais contra vulnerável, como o crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), que passaram a admitir o homem como vítima desses crimes e até tendo a mulher como seu agente, **foram introduzidas há mais de 15 anos** pela referida Lei nº 12.015, de 2009[544], porém, parece que quase nada mudou, como se nota na reportagem acima citada. Ainda é propalado que o estupro é um crime que tem (apenas) a mulher como vítima, e a maioria das publicações que tratam da violência sexual, inclusive do próprio Estado, se referem tão-somente ou

[543] A escassez de trabalhos sobre essa temática é evidente, mas a reportagem traz alguns *links* e informações sobre alguns deles que se encontram disponíveis e podem ser consultados por quem se interessar pelo assunto.
[544] Tópico 4.1.

prioritariamente à mulher, como o citado manual “Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e coleta de vestígios” (Brasil, 2015), conquanto já admita que ela possa ser agredida por outra mulher.

Isso, em certa medida, é adequado, mas quando se trata de **publicações dirigidas especificamente às mulheres** (de qualquer idade, incluídas as mulheres trans). Porém, uma vez que **homens** (de qualquer idade, incluídos os homens trans) **podem ser vítimas de estupro e de outros crimes sexuais** tendo o homem ou a mulher como agente, no mínimo, **hão de receber do Estado tratamento similar** àquele dispensado às mulheres vítimas de crimes do mesmo gênero, devendo adotar-se medidas para sua prevenção, especialmente os praticados contra meninos, adolescentes e idosos.

Quando se volta os olhos para a **violência doméstica ou conjugal**, não é menos certo que **os homens também podem ser vítimas desse tipo de violência, inclusive a praticada por mulheres** com as quais sejam casados, mantenham união estável, ou relacionamento de namoro/noivado ou de parceria sexual. Há inúmeras notícias a respeito de *mulheres que provocam lesões graves* em seus maridos, companheiros *etc*. – incluída a amputação do pênis do parceiro, ou sua tentativa – e de *outras que chegam a matá-los*, mas fatos da espécie parecem ser vistos como *um problema menor*, algo quase *indigno de ser enfrentado pelo Estado*, no sentido de adotar as medidas cabíveis para **coibir a violência doméstica da mulher contra o homem**, como as há quando a violência se faz em sentido contrário, do homem contra a mulher.

Porém, o **instinto violento não distingue sexo** e tanto mulheres quanto homens podem usar de violência nos seus relacionamentos. Talvez **a grande diferença entre os sexos é que o homem geralmente é mais forte fisicamente** – isso é uma regra, mas comporta exceções – e, ao se tornar violento, parte para a agressão física direta e pratica crime de lesões corporais de variada gravidade, podendo chegar ao homicídio/feminicídio. Já a mulher, em especial a que não tem compleição física capaz de fazer frente ao homem, adota *táticas* para *evitar o confronto direto*, como a premeditação de ação delituosa que culmine em crimes de lesões corporais ou de homicídio[545]. Nenhuma das situações, porém, pode ser

[545] O *modus operandi* de algumas mulheres na prática da violência doméstica contra o homem pode ser visto em notícias que relatam o uso de venenos e a premeditação no emprego de artifícios,

generalizada, pois tanto o homem pode premeditar a prática de crimes sem o uso de violência física contra a mulher, como esta pode praticar crimes resultantes do emprego de violência física direta contra aquele.

Já em termos de violência moral ou psicológica, porém, parece que, infelizmente, **não há grande diferença na *capacidade* que mulheres e homens têm de se agredirem mutuamente sem o emprego de violência física**, seja verbalmente (xingamentos, palavras depreciativas, reclamações, deboches *etc*.), seja por outros meios mais ou menos sutis mas não menos danosos (desprezo, menosprezo, desrespeito, desinteresse, atos depreciativos, mutismo *etc*.). Embora possa haver *nichos sociais* onde o patriarcalismo ainda *reina forte* e a mulher *sempre* se cala diante de agressões psicológicas do homem (coação moral), ou situações em que seu silêncio se impõe por temor de sofrer represálias físicas por parte dele (coação física), circunstâncias outras há em que a mulher não se cala e revida, ou ela própria assume a posição de promotora da coação moral (violência psicológica), passando o homem à posição daquele que, ou se cala, ou revida.

O fato é que, em termos de relacionamentos conturbados entre cônjuges/parceiros, **também a mulher pode ser autora de violência doméstica/conjugal**, seja física, seja psicológica (e até sexual) **contra o homem** e não se pode perpetuar a concepção maniqueísta e em sentido unilateral de que o homem *é sempre nocente* (agressor)[546] e a mulher *é sempre inocente* (vítima). E, principalmente, **o Estado não pode adotar posturas maniqueístas e unilaterais e**

entorpecentes ou outros meios para restringir sua capacidade de reação, ou para dissimular o intento criminoso de causar-lhes a morte (homicídio) ou lesões corporais. Bastante exemplificativo disso é o caso da mulher que amputou o pênis do marido, ocorrido em Atibaia (SP) e divulgado largamente pela imprensa nacional há não muito tempo. Segundo o noticiário, a ré teria descoberto que o marido a traía, "ficou irritada e esperou o marido chegar em casa para iniciar uma relação sexual com o homem. Durante a relação, ela amarrou as mãos do homem com uma calcinha, pegou uma navalha e cortou o pênis do marido. Em seguida, ela tirou uma foto do órgão, jogou na privada e deu descarga. Ainda segundo o boletim, o homem saiu à procura de socorro, enquanto a mulher encontrou com o irmão e foi à delegacia de plantão de Atibaia, onde confessou o crime". O caso foi a julgamento em maio de 2024 e a decisão do juízo singular foi pela condenação da acusada pelo crime de lesão corporal grave. Alguns trechos da sentença aparecem na notícia, onde consta que o crime foi "praticado de forma premeditada e com 'requintes de crueldade'" e, de acordo com a juíza, "a ré demonstrou 'peculiar frieza, de forma traiçoeira e dissimulada'" (Disponível em: https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2024/05/16/mulher-que-cortou-penis-do-marido-apos-descobrir-traicao-e-condenada-a-mais-de-4-anos-de-prisao.ghtml. Acesso em: 8 nov. 2024).

[546] Da qual advêm ideias e frases como "todo homem é um potencial estuprador", vista em Renata F. de Sousa (2017, p. 25), posto que com a ressalva de que isso "não significa, necessariamente, que todos os homens alguma vez praticaram ou praticarão esse ato [o estupro]".

tem de atuar para prevenir a violência da mulher contra o homem, assim como faz em relação à violência deste contra aquela[547].

Além disso, a conformação das entidades familiares e dos relacionamentos de caráter sexual, na atualidade, não se resume ao binômio mulher/homem, dito *relação binária*, mas assume configurações as mais variadas possíveis, como mulher/mulher, homem/homem, mulher trans/homem, mulher trans/mulher, homem trans/mulher, homem trans/homem, mulher trans/homem trans e em todas as conformações possíveis (como casamentos abertos, trisais *etc*.). Todas essas formas de relacionamento são juridicamente admitidas – não há, nem pode haver norma legal que as proíba ou restrinja –, de modo que a *insistência*, encontrada amiúde em discursos pró-aborto ou dos direitos das mulheres, em tratar a violência doméstica apenas como cingida a **um único tipo de prática delituosa – do *homem* contra a *mulher*** – torna-se um **desvio de perspectiva, lesivo à proteção** não só dos direitos dos homens, mas **de todas as outras pessoas** que mantêm relacionamento sexual que **não se enquadra na *binária* configuração mulher/homem**.

Nesse passo, há uma afirmação no bojo da publicação "Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem: Princípios e diretrizes", do MS (Brasil, 2008), à qual se deve fazer coro: "A integralidade na atenção à saúde do homem implica na visão sistêmica sobre o processo da violência, requerendo a *des-essencialização* de seu papel de agressor" (Brasil, 2008, p. 12; sem sublinhas no original). Essa afirmação data de 2008, mas parece que, desde então, quase nada mudou na postura estatal em relação ao homem e seus direitos; ao contrário e ao menos em discursos pró-aborto e outros de matiz feminista, parece haver uma *essencialização* do homem no papel de agressor...

Isso talvez ocorra porque o mesmo parágrafo em que aparece restringe essa *des-essencialização* à "consideração crítica dos fatores que vulnerabilizam o homem

[547] Inclusive abordando esse assunto em publicações estatais que descortinem a realidade da violência sexual e doméstica contra o homem, quer praticada por uma mulher, quer por um homem, à semelhança dos tópicos do caderno Saúde Brasil 2018 (Brasil, 2019), nos quais é desenvolvido o tema da violência contra a mulher, ou realizando/incentivando estudos a respeito, p.ex., com base em dados disponíveis nos próprios sistemas do SUS ou do Judiciário brasileiro. A carência de estudos na área, porém, é patente. A propósito, este autor, no seu Bacharelado em Musicoterapia, elaborou um pequeno estudo sobre a violência da mulher contra o homem, como trabalho final para disciplina Sociologia. É um trabalho acadêmico, curto e muito simples, mas ao menos contém algumas referências a respeito – que, à época, não foram muito fáceis de encontrar – e pode ser livremente acessado por meio do portal ResearchGate (Disponível em: http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.31672.67842. Acesso em: 8 nov. 2024).

à autoria da violência", ou seja, o coloca apenas na posição de agente e não como possível vítima da violência doméstica, inclusive provinda da mulher, e, logo no parágrafo seguinte, o documento reforça a ideia unilateral da violência doméstica, pois, ao recomendar a abordagem da "questão do comportamento violento de modo explícito e direto", reduz a problemática à "violência entre homens, ou contra mulheres", não trazendo uma linha sequer sobre a violência desta contra aquele (Brasil, 2008, p. 12; sem sublinhas no original). Mas tal estado de coisas há de ser mudado, para que o Estado cumpra (passe a cumprir) seus deveres constitucionais e legais também junto à **parcela masculina da população brasileira, para igualmente protegê-la da violência sexual e doméstica/conjugal de que possa ser vítima, seja quem for que a promova**, mulher ou homem. Percebe-se, pois, que há de haver uma revisão profunda da Pnaish, tendo em conta não só essa mas outras críticas (fundadas) que lhe são dirigidas.

Para finalizar este tópico, anota-se que há ao menos uma outra questão que envolve os homens, esta diretamente relacionada ao aborto, mas que é significativamente desprezada: **os direitos e deveres do homem, enquanto pai do nascituro, na decisão da mulher de abortar**, quando o aborto não é necessário para salvar sua vida. *Tem ele algum direito quanto a isso? Tem ele deveres? Quais são uns e outros? Eventuais direitos ou deveres têm sede constitucional, ou a legislação infraconstitucional pode regular o assunto sem peias?*

Essa problemática ainda é muito pouco posta em discussão no plano jurídico no Brasil, porém, já ocorre em outros países onde o aborto ao livre-arbítrio da mulher é permitido[548] e há notícias de homens que recorrem ao judiciário de seus países para impedir o aborto de nascituros por eles gerados[549]. Nada obstante conexo com os objetivos traçados no presente estudo, esse assunto é, à toda evidência, muitíssimo complexo e não menos polêmico, de modo que merece tratamento específico e com

[548] Como se vê, p.ex., na reportagem intitulada "Os homens que querem ser ouvidos no debate sobre aborto nos EUA" (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-49559871; acesso em: 8 nov. 2024).

[549] Este autor tem conhecimento de ao menos um caso da espécie: o de um homem que, no Uruguai, recorreu ao judiciário para impedir que a mulher realizasse o aborto do nascituro que geraram. Embora a Justiça uruguaia não tenha reconhecido o direito de o pai impedir o abortamento, a decisão foi favorável ao seu impedimento por outros motivos e reacendeu o debate sobre o aborto no país vizinho quanto à constitucionalidade da lei uruguaia que autoriza o aborto ao livre-arbítrio da mulher sob certas condições (Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39091916. Acesso em: 8 nov. 2024).

os aprofundamentos que lhe são pertinentes, em trabalho que a ele se dedique. Por esses motivos, deixa-se de fazer outros comentários a respeito, exceto que consiste em tema relevante que também deve ser abordado, inclusive em face de uma possível – mas incoerente, antinômica e não esperada – decisão do STF favorável à pretensão deduzida na ADPF/442.

CAPÍTULO 6

AFINAL... OUTRA VIDA, OUTRO CORPO, OUTRAS REGRAS

"*Você é livre pra fazer suas escolhas, mas é prisioneiro das consequências*."
(frase atribuída a Pablo Neruda)

O título deste ensaio, como deve ser claro à maioria que o lê, evoca um bordão muito utilizado por grupos feministas, ou que, em geral, defendem os direitos da mulher: "*meu corpo, minhas regras*". Sem dúvida alguma, **a mulher tem direito ao seu *próprio* corpo**, desde aspectos bastante simples – como: maquiar-se ou não, depilar-se ou não, ter ou não *piercings* e tatuagens *etc*. – até modificações radicais na própria aparência física, não restrita apenas às cirurgias plásticas, de há muito praticadas, mas também às cirurgias de redesignação de sexo ou transexualização, que visem a transformar seu corpo feminino em um corpo masculino. Pode haver quem se oponha a algumas dessas práticas, inclusive outras mulheres, mas, do ponto de vista estritamente jurídico, tudo isso e muito mais é permitido à mulher, **quando se trata do seu *próprio* corpo**, desde, porém, que respeitados os limites impostos pela lei brasileira, pois ninguém, mulher ou homem, tem direito integral sobre seu corpo, enquanto vivo. E um aspecto muito importante que ressalta desse bordão – que diz mais de perto ao tema tratado – é o direito de a mulher **manter relações sexuais quando e com quem quiser**, respeitado, é claro, o que a propósito tiver acordado com seu cônjuge, companheiro(a) ou parceiro(a) sexual, se casada ou em uma união estável, e, principalmente, de **não ser *forçada* a manter relações sexuais com quem não queira**, homem ou mulher.

Se esse bordão é muito acertado nesses e em diversos outros aspectos que se referem aos direitos da mulher que lhe são assegurados pela CF, **não o é quando se refere a *outro corpo***, o do nascituro, que **embora se desenvolva no seu organismo, não faz parte do corpo da mulher**. Aí se verifica uma evidência fática

incontestável, pois já não é possível admitir a ideia de que o nascituro seja simples *parte das vísceras da mulher* ou, de qualquer forma, *porção* do seu corpo, e pensar diferente é retroceder muito tempo nos conhecimentos da embriologia humana e, no mínimo, cerca de um milênio e meio na formulação do Direito, voltando à Roma dos tempos do Digesto. Contudo, diante de certas afirmações vistas amiúde em trabalhos pró-aborto, tem-se a impressão de que *parte da Humanidade se esqueceu* que **o nascituro vive e tem seu próprio corpo, o corpo de um outro ser humano, ainda que se desenvolva no interior do corpo da mulher**.

Logo, o bordão *meu corpo, minhas regras*, pronunciado pela *mulher* gestante, **só se refere ao seu próprio corpo**, em si mesmo considerado, **e não tem aplicação ao *outro corpo*** que se desenvolve no seu organismo, **o do *nascituro***, que **possui e demanda *outras regras***, sendo a principal delas a que lhe garante o **direito à vida desde a concepção, em caráter de absoluta prioridade**, ou seja, **com a natureza de cláusula pétrea de superior hierarquia em essência inclusive sobre outras cláusulas pétreas**, como se extrai da CF e é corroborado pelas demais normas da legislação interna, incluso as oriundas do Direito Convencional que compõem o repertório do sistema jurídico brasileiro e são com ele coerentes. É despiciendo, referir todas as normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais, do Direito Interno ou do Direito Convencional, aqui trazidas e que apoiam e fundamentam esse entendimento, mas vale mencionar as principais: (a) o art. 227, *caput*, c/c o inciso I do seu § 1º e o *caput* do art. 6º da CF, assim como com o *caput* e os incisos III, XLIII, XLV, XLVII, "a", todos do art. 5º também da CF; (b) o art. 7º do ECA, o art. 2º da Lei de Alimentos Gravídicos, o art. 2º do CC e os próprios arts. 124 a 128 do CP, na esfera infraconstitucional; e (c) o art. 4º, nº 1, da CADH e a CIDC como um todo, no plano das normas convencionais incorporadas na legislação interna, no mínimo com a natureza de normas supralegais.

Todas as denominações que se empregam para classificar as fases de desenvolvimento do ser humano (como RN, criança, adolescente, jovem, adulto e idoso; e zigoto, pré-embrião, embrião e feto; e outras) não passam disso: *denominações para classificar fases do desenvolvimento humano*, mas a **vida humana** que se expressa em cada uma dessas fases **é uma só**, do seu início, na concepção, ao seu final, com a morte do ser humano. Para o Direito brasileiro, **não há *menos vida* digna de proteção jurídica no ser humano *recém-concebido* que**

no *recém-nato*, nem *mais vida* digna de proteção em um *recém-nato* que numa *pessoa idosa às vésperas da morte*. A vida em si mesma é e continua sendo uma só e, como tal, protegida pelo Direito brasileiro. O que há, sim, é a **máxima proteção deferida pela CF** – pois que estatuída em caráter de *prioridade absoluta* ou cláusula pétrea de superior hierarquia em essência a todas as demais – **ao ser humano que se encontra nas fases iniciais da vida**, compreendendo aquelas que se processam no interior do organismo da mulher a partir da formação do zigoto (pré-embrião, embrião e feto), ou seja, relativas ao nascituro, e aquelas que se passam fora desse organismo a partir do nascimento (RN, criança, adolescente e jovem).

Exposta essa que é a principal conclusão do presente estudo, destacam-se as seguintes, que foram obtidas com o suceder dos temas tratados:

a) o direito à vida do nascituro se sobrepõe, como cláusula pétrea de superior hierarquia (com *absoluta prioridade*) a quaisquer direitos e garantias atribuídos a quem quer que seja, inclusive aqueles outorgados à mulher pela CF (autonomia, autodeterminação, liberdade sexual/reprodutiva e de planejamento familiar *etc*.), exceto quanto ao direito à vida da própria mulher; há ofensa da regra da proporcionalidade quando os direitos atribuídos à mulher, salvo o direito à sua vida, são sobrepostos aos do nascituro;

b) o nascituro, qualquer que seja a condição em que se apresente, inclusive no caso de anencefalia ou outra deficiência ou anomalia grave, e independentemente do tipo da gestação (gravidez indesejada, resultante de estupro *etc*.), tem direito de nascer, malgrado possa morrer no parto ou pouco tempo depois;

c) o aborto consiste na interrupção artificial da gravidez que visa a um nascimento sem vida, e a morte do nascituro, quer prévia ou concomitantemente à sua realização, pode se dar através da assistolia cardíaca, ou outro meio, como em razão dos próprios procedimentos abortivos; não se confunde com interrupção artificial da gravidez para um nascimento com vida, a termo ou pré-termo, embora sejam utilizados os mesmos fármacos para indução do parto quer para um nascimento com ou sem vida;

d) o aborto jamais pode ser utilizado como método de planejamento familiar ou como meio de controle da fertilidade feminina, inclusive por recomendação internacional;
e) a única hipótese de aborto realmente coerente com o sistema jurídico brasileiro é a que visa a salvar a vida da mulher, desde que não haja alternativa viável para, ao mesmo tempo, salvar a vida do nascituro, ou seja, o aborto necessário (CP, art. 128, I); nessa hipótese (não havendo outra alternativa), não há óbice jurídico à promoção da morte do nascituro, quer por assistolia cardíaca, quer por outro meio, qualquer que seja a sua IG, já que o que importa é salvar a vida da mulher; são incoerentes e antinômicas todas as hipóteses de aborto que não objetivam afastar risco de morte para garantir a sobrevivência da mulher;
f) dentre essas hipóteses incoerentes e antinômicas, figuram as que autorizam o aborto em caso de gravidez resultante de estupro (CP, art. 128, II) e de nascituro com anencefalia (ADPF/54) ou qualquer outra deficiência ou anomalia grave que limite seu tempo de vida após o nascimento; deveriam, pois, ser suprimidas do Direito brasileiro;
g) é igualmente incoerente e antinômica a pretensão deduzida na ADPF/442, de facultar o aborto ao livre-arbítrio da mulher até a 12ª semana de gestação (ou qualquer outra IG), e não deverá ser admitida no Direito brasileiro;
h) o aborto para salvar a vida da mulher não se limita às hipóteses de agravos físicos (doenças *etc*.) que coloquem sua vida em risco, mas abrange também o sofrimento psíquico grave oriundo de gravidez resultante de estupro, de gestação de nascituro com anencefalia ou outra deficiência ou anomalia grave, ou de outras quaisquer situações que o provoquem; porém, o sofrimento psíquico há de ser de tal monta que possa induzir a mulher a provocar autolesões com risco de morte – aí incluídas tentativas de realizar aborto inseguro – ou de se suicidar, sendo o aborto juridicamente possível quando não haja outra alternativa para evitar risco premente de morte da mulher;
i) os nascituros com anencefalia têm vida e não são equiparáveis a alguém que sofreu morte encefálica; eles podem nascer com vida e sobreviver ao

parto além de alguns poucos minutos ou dias, podendo chegar a semanas, meses e até anos, dependendo da severidade da falha do fechamento do tubo neural;

j) é antijurídica a extensão da decisão proferida na ADPF/54 a outras deficiências ou anomalias graves que acometam nascituros que possam nascer com vida e sobreviver, ainda que por curto espaço de tempo, por ser incoerente e antinômica e pelos próprios limites que se põem nesse *decisum*;

k) enquanto persistirem as incoerentes e antinômicas hipóteses de aborto atualmente presentes no sistema jurídico brasileiro, ou que venham a ele ser incorporado pela ADPF/442 ou outra medida – o que não se espera – e seja opção da mulher a realização do aborto nessas hipóteses, a assistolia cardíaca do nascituro que ainda não reúne condições mínimas de sobreviver após o parto é admissível, com o fito de evitar-lhe cruéis sofrimentos;

l) é antijurídica a promoção da assistolia cardíaca do nascituro que já reúne condições de nascer com vida – em geral a partir do início do 6º mês de gravidez e atendidas as demais condições para tanto (como peso do nascituro *etc*.) – salvo se realizada para permitir o aborto necessário para salvar a vida da mulher;

m) nas demais hipóteses em que o nascituro reúne condições de sobreviver após o nascimento, inclusive no caso de gravidez resultante de estupro e anencefalia ou outra deficiência ou anomalia grave em que não haja risco para a vida da mulher, há de ser realizada a indução do parto para nascimento com vida em unidade do SUS ou outro serviço médico que possua equipe especializada e equipamentos adequados para garantir a vida do nascituro após o nascimento, pelo tempo que for possível, e para reduzir os riscos de superveniência de deficiências graves;

n) na indução de parto para nascimento com vida realizada a partir do momento em que o nascituro reúna condições para sobreviver após o nascimento e haja menores riscos de desenvolver deficiências graves, a mulher pode se desobrigar das obrigações decorrentes da maternidade por meio da entrega da(o) filha(o) à adoção, o que se constitui alternativa

juridicamente válida aos antinômicos abortos em caso de gravidez resultante de estupro e de nascituro com anencefalia ou outra deficiência ou anomalia grave;

o) a prevenção realmente legítima e eficaz do aborto inseguro e, consequentemente, do risco de morte por ele representado consiste no fortalecimento de políticas públicas relacionadas à saúde e educação da mulher quanto à sexualidade, reprodução e planejamento familiar, compreendendo em especial o fornecimento de métodos contraceptivos adequados às suas condições e às suas escolhas;

p) o fortalecimento de políticas visando à contracepção também atende a objetivos previstos em documentos internacionais que propugnam pela redução do recurso ao aborto até a sua eliminação e, ao mesmo tempo, a metas internacionais de redução do número de gravidezes indesejadas, especialmente na adolescência;

q) a adoção, pela mulher, de método contraceptivo adequado às suas condições, às suas escolhas pessoais e de planejamento familiar e aos seus projetos profissionais, acadêmicos, políticos *etc*. lhe faculta o completo controle sobre sua fertilidade, garantindo-lhe liberdade, autonomia e efetivo poder de autodeterminação no exercício da sua sexualidade e capacidade reprodutiva – o que implica verdadeiro empoderamento da mulher sobre sua liberdade sexual e reprodutiva –, pondo-a a salvo de gravidezes indesejadas, inclusive diante do risco de estupro, o que deve ser salientado em políticas públicas e publicações estatais;

r) o crime de estupro e outros crimes sexuais atualmente são apurados por meio de ação penal pública incondicionada, dispensando qualquer anuência da vítima ou de seus responsáveis e cabendo aos profissionais da saúde ou outros que atendam mulheres nessa situação apresentarem notícia-crime à autoridade policial para dar início à persecução penal do(a)(s) agente(s) do crime, até para cumprimento de suas obrigações legais nos casos de estupro de meninas, adolescentes e idosas e de violência sexual contra a mulher;

s) caso haja a promoção de aborto no caso de gravidez resultante de estupro – seja para salvar a vida da mulher que entra em sofrimento psíquico

grave, consoante CP, art. 128, I, seja nos termos do antinômico CP, art. 128, II – é dever do médico e de outros profissionais da saúde preservar a cadeia de custódia das provas e coletar material biológico do nascituro abortado para elaboração do seu perfil genético e posterior comparação com o perfil genético do acusado do crime de estupro; esse dever também há de ser observado no caso de haver nascimento com vida, com coleta de material biológico do RN para a mesma finalidade;

t) a persecução penal de agentes do crime de estupro contra a mulher e contra meninas e adolescentes, em quaisquer das suas modalidades, é mandatória em decorrência de normas internas e convencionais, de modo que as normas infralegais, normas técnicas, manuais e cartilhas da área da saúde devem apontar claramente a obrigação de promover notícia-crime e de preservar a cadeia de custódia das provas; a omissão desse dever pelo Poder Executivo sujeita o Brasil a sanções internacionais, em decorrência de tratados internacionais ratificados pelo País;

u) é legítima a objeção de consciência de médicos e demais profissionais de saúde na promoção de aborto antinômico; a ausência de outro profissional capaz de realizar o aborto não é suficiente para obrigar a sua realização por médico que a ele objete de consciência, salvo se se tratar de aborto necessário em que se configure situação de urgência ou emergência na sua realização;

v) embora as políticas públicas voltadas à contracepção sejam a mais racional, proporcional e coerente medida para prevenir abortos inseguros (alínea “o”, acima), há inúmeras falhas do Estado brasileiro nessa seara, sendo imprescindível que essas políticas sejam reforçadas, incrementadas, de modo a atender a todas as mulheres, especialmente as mais vulneráveis, com vistas a reduzir gravidezes indesejadas e mesmo as resultantes de estupro e, consequentemente o recurso ao aborto e os riscos representados pelo aborto inseguro;

w) o Estado também deve prestar apoio/amparo a mulheres que faceiam gravidezes indesejadas/não planejadas, de modo a afastar, ainda que parcialmente, fatores que as levariam a se valer de aborto inseguro;

x) por mais que se *doure a pílula*, é inafastável o mote eugênico do aborto de nascituros com anencefalia e outras deficiências ou anomalias graves que possam implicar sua morte durante ou depois do parto e, mais uma vez, o Brasil está sujeito a sanções internacionais, em decorrência de tratado internacional ratificado pelo País; de outro lado, a insuficiência de políticas públicas voltadas à contracepção, à prevenção da anencefalia e outras deficiências e anomalias graves do nascituro e ao amparo de mulheres grávidas que faceiam gravidezes indesejadas/não planejadas pode indicar, sub-repticiamente, motivações eugênicas, utilitaristas, higienistas e até xenofóbicas;

y) o homem, assim como a mulher, há de ser protegido contra a ocorrência de violência sexual – principalmente a verificada contra meninos, jovens e idosos – e contra a violência doméstica/conjugal, praticadas por quem quer que seja, mulher ou homem;

z) não se adentrou na análise da existência de vida em embriões fecundados *in vitro* e mantidos em laboratório (qualquer que seja a fase embrionária a partir da formação do zigoto em que se encontrem), antes da sua implantação no organismo da mulher, nem tampouco em temas que se referem ao direito à vida, mas que, a despeito de terem sido aventados, não correspondem diretamente aos objetivos deste estudo e ultrapassam os seus limites.

Essas são as principais conclusões a que se chegou, mas há outras, que foram sendo deduzidas na medida em que os temas foram desdobrados e tratados. Evidentemente, o presente estudo, nada obstante longo, não esgota o assunto da antijuridicidade da descriminalização do aborto no Brasil ou impossibilidade jurídica de excluir a sua punibilidade, exceto quando imprescindível para salvar a vida da mulher, hipótese já albergada pelo Direito brasileiro e a única que não é antinômica, nem sistematicamente incoerente. Além disso, há múltiplos outros aspectos que dele se descortinam e merecem ser abordados em trabalhos que lhes sejam especialmente dedicados, por quem por eles se interesse, o que é altamente recomendável. Igual assertiva se pode pôr em relação a diversos outros assuntos alinhados – em particular os que figuram no tópico 5, que foram analisados muito rapidamente, e outros

anotados *en passant* em notas de rodapé –, que também merecem ser estudados com maior detença e com a profundidade a que façam jus em trabalhos específicos.

Mais, entende-se não ser necessário anotar aqui. A esperança deste autor é que tenha conseguido expor seus entendimentos e conclusões com clareza e certa propriedade, mesmo sabendo que suas limitações certamente afetam os raciocínios jurídicos desenvolvidos. Apesar disso, espera ter podido deslindar alguns dos *pontos sem nó*, *fios soltos* e *emaranhados* de natureza jurídica presentes na *aparente bem urdida tessitura* do discurso pró-aborto que, quando se o analisa em face do repertório e da estrutura do sistema jurídico brasileiro, encimado pela Carta Magna – donde ressuma a proteção do direito à vida do nascituro como cláusula pétrea de superior hierarquia –, nele se percebem os *imensos rombos* que apresenta e que o levam, inexoravelmente, a *esfacelar-se* por completo. É claro que se espera que este ensaio possa, de alguma forma, colaborar com a proteção da vida de nascituros no Brasil desde a concepção, qualquer que seja a sua condição e qualquer que seja o motivo que tenha ensejado a gravidez, ressalvado – repita-se – o direito à vida das mulheres que os geram, inclusive quando há risco de morte em razão de sofrimento psíquico grave. Vale reiterar que as demais excludentes de punibilidade do aborto existentes no Brasil (a prevista no CP, art. 128, II, e a decorrente ADPF/54, esta indevidamente estendida por tribunais brasileiros a outras deficiências ou anomalias apresentadas pelo nascituro), ou que se pretenda incluir no repertório do sistema jurídico nacional (como a deduzida na ADPF/442) são todas incoerentes e antinômicas e, portanto, não deverão prosseguir existindo, nem, tampouco, ser adotadas ou implantadas, quer por decisão do STF, quer por norma infraconstitucional, quer, ainda, em decorrência de tratado internacional ratificado pelo Brasil, mesmo que recepcionado como EC.

Para finalizar, cita-se César D. R. de Novais (2019) que, em tratando do crime de homicídio – um crime contra a vida, assim como é o crime de aborto –, assevera que “é a interpretação jurídica comprometida com a vida que dará vida ao texto para reafirmar a própria vida” (não p.), e, fazendo-lhe coro, afiançar: ***in dubio, pro vita***!

REFERÊNCIAS[550]

ABCMED. **Atonia uterina – o que uma gestante deve saber sobre ela?** [*S. l.*], 2020. Disponível em: https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/1381378/atonia-uterina-o-que-uma-gestante-deve-saber-sobre-ela.htm. Acesso em: 8 nov. 2024.

ALBERTO, M. V. L. *et al.* Anencefalia: causas de uma malformação congênita. **Revista Neurociências**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 244–248, 2010. Disponível em: https://doi.org/10.34024/rnc.2010.v18.8487. Acesso em: 8 nov. 2024.

ALVIM, B. **Dos direitos do nascituro**. Salvador, 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/dos-direitos-do-nascituro/1475511351. Acesso em: 8 nov. 2024.

APA, *AMERICAN PSYCHOLOGIC ASSOCIATION*. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-5**. Trad.: Maria Inês Corrêa Nascimento *et al*. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARAÚJO, I. T. **Morte de crianças nas tribos indígenas: infanticídio ou cultura?** Salvador, 2021. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/morte-de-criancas-nas-tribos-indigenas-infanticidio-ou-cultura/1209742003. Acesso em: 8 nov. 2024.

ARTAL-MITTELMARK, R. **Indução do trabalho de parto - Versão saúde para a família**. *In*: MANUAL MSD. Rahway (EUA): Merck, 2024. Disponível em: https://www.msdmanuals.com/pt/profissional/ginecologia-e-obstetrícia/anormalidades-e-complicações-do-trabalho-de-parto-e-do-parto/indução-do-trabalho-de-parto. Acesso em: 8 nov. 2024.

BACELAR, S. *et al.* **Expressões médicas: glossário de dificuldades em terminologia médica**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/biblio-1436682. Acesso em: 8 nov. 2024.

BALDAN, É. Luís. Aborto. *In*: SANTOS, C. J. (org.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP - Direito Penal**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/410/edicao-1/aborto. Acesso em: 8 nov. 2024.

BAPM – *BRITISH ASSOCIATION FOR PERINATAL MEDICINE*. ***Perinatal Management of Extreme Preterm Birth before 27 weeks of gestation: A Framework for Practice***. Londres (GBR): BAPM, 2019. Disponível em: https://hubble-live-assets.s3.eu-west-1.amazonaws.com/bapm/file_asset/file/30/Extreme_Preterm_28-11-19_FINAL.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

[550] Os *links* das obras listadas nas referências bibliográficas deste estudo e constantes das suas notas de rodapé foram acessados em diferentes datas, no curso da sua elaboração, porém, todos foram conferidos e, quando necessário, atualizados na data da sua finalização; pode ter havido alterações nesses *links* após essa data.

BBC NEWS BRASIL. **Como queda de nascimentos de bebês com Down virou pivô da disputa entre grupos pró e contra aborto na Europa**. São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cd17npm922lo. Acesso em: 8 nov. 2024.

BORDINI, D. C. N. **Desesperança e depressão em mulheres com diagnóstico de abortamento**. 2018. Orientadora: Prof.ª Dr.ª Glaucia Rosana Guerra Benute. 2017. 104 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Obstetrícia e Ginecologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.11606/D.5.2018.tde-15032018-101048. Acesso em: 8 nov.2023.

BRASIL. **Agentes Públicos e Agentes Políticos**. Brasília: Corregedoria Geral da República, 2022a. Disponível em: https://www.gov.br/corregedorias/pt-br/assuntos/perguntas-frequentes/agentes-publicos-e-agentes-politicos. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. Análise da situação epidemiológica das anomalias congênitas no Brasil, 2010 a 2022. **Boletim Epidemiológico**, Brasília, v. 55, n. 6, p. 1–14, 2024a. Disponível em: https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/epidemiologicos/edicoes/2024/boletim-epidemiologico-volume-55-no-06. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Anticoncepção de emergência: perguntas e respostas para profissionais de saúde**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011a. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/anticoncepcao_emergencia_perguntas_respostas_2ed.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Atenção à saúde do recém-nascido: guia para os profissionais de saúde**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014a. v. 1 Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_saude_recem_nascido_v1.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Atenção às mulheres com gestação de anencéfalos: norma técnica**. Brasília: Ministério da Saúde, 2014b. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_mulheres_gestacao_anencefalos.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011b. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Atenção humanizada às pessoas em situação de violência sexual com registro de informações e coleta de vestígios**. Brasília: Ministério da Saúde/Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_pessoas_violencia_sexual_norma_tecnica.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2022b. Disponível em: https://multimidia.gazetadopovo.com.br/media/docs/1705782336_atencao-avaliacao-conduta-abortamento-2ed.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Caderno dos programas nacionais de suplementação de micronutrientes**. Brasília: Ministério da Saúde, 2022c. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/caderno_programas_nacionais_suplementacao_micronutrientes.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Diretrizes metodológicas: Sistema Grade – Manual de graduação da qualidade da evidência e força de recomendação para tomada de decisão em saúde**. Brasília:

Ministério da Saúde, 2014c. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_metodologicas_sistema_grade.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/arquivos-diversos/publicacoes/publicacoes/inst-int.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Manual de gestação de alto risco**. Brasília: Ministério da Saúde, 2022d. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_gestacao_alto_risco.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem (Princípios e Diretrizes)**. Brasília: Ministério da Saúde, 2008. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_homem.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Relatório do 5º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação – 2024**. Brasília: Ministério da Educação/INEP, 2024b. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/plano_nacional_de_educacao/relatorio_do_quinto_ciclo_de_monitoramento_das_metas_do_plano_nacional_de_educacao.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Saúde Brasil 2018 – Uma análise de situação de saúde e das doenças e agravos crônicos: desafios e perspectivas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_brasil_2018_analise_situacao_saude_doencas_agravos_cronicos_desafios_perspectivas.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Triagem neonatal biológica: manual técnico**. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/triagem_neonatal_biologica_manual_tecnico.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

BVS APS – BIBLIOTECA VIRTUAL DE SAÚDE – ATENÇÃO PRIMÁRIA EM SAÚDE. **Como realizar anticoncepção de emergência?** São Paulo, 2022. Disponível em: https://aps-repo.bvs.br/aps/como-realizar-anticoncepcao-de-emergencia-2/. Acesso em: 8 nov. 2024.

CARVALHO, M. M. DE *et al*. Análise da produção científica internacional sobre infecção em mulheres que sofreram aborto. In: **Ciências da Saúde no Brasil: Impasses e Desafios 3**. Ponta Grossa, Atena Editora, 2020. p. 19–31. Disponível em: https://atenaeditora.com.br/catalogo/post/analise-da-producao-cientifica-internacional-sobre-infeccao-em-mulheres-que-sofreram-aborto. Acesso em: 8 nov. 2024.

CASEY, F. E. **Aborto induzido (interrupção da gestação) - Versão para profissionais de saúde**. *In*: MANUAL MSD. Rahway (EUA): Merck, 2023a. Disponível em: https://www.msdmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetrícia/planejamento-familiar/aborto-induzido#. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Aborto induzido (interrupção da gestação) - Versão saúde para a família**. *In*: MANUAL MSD. Rahway (EUA): Merck, 2023b. Disponível em: https://www.msdmanuals.com/pt-br/casa/problemas-de-saúde-feminina/planejamento-familiar/aborto. Acesso em: 8 nov. 2024.

CASTRO, M. P. de *et al.* Limite de viabilidade no moderno cuidado intensivo neonatal - análise além da vida gestacional. **Comunicação em Ciências da Saúde**, Brasília, v. 22, n.

Supl. 1, p. 101–112, 2011. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/artigos/limite_viabilidade.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

COSTA, J. C. A clonagem humana: aspectos conceituais, éticos e jurídicos. **Direito & Realidade**, Monte Carmelo, v. 8, n. 11, p. 1–11, 2020. Disponível em: https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/2230. Acesso em: 8 nov. 2024.

COSTA, R. M.; GIOLO JÚNIOR, C. Teorias jurídicas acerca do início da vida humana. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 10, n. 2, p. 297–327, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.21207/1983.4225.291. Acesso em: 8 nov. 2024.

DAGG, P. K. B. *The Psychological Sequelae of Therapeutic Abortion - Denied and Completed*. **The American Journal of Psychiatry**, Washington, DC (EUA), v. 148, n. 5, p. 578–585, 1991. Disponível em: https://doi.org/10.1176/ajp.148.5.578. Acesso em: 8 nov. 2024.

DE GRAAF, G.; BUCKLEY, F.; SKOTKO, B. G. *Estimation of the number of people with Down syndrome in Europe.* **European Journal of Human Genetics**, Sheffield, v. 29, p. 402–410, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1038/s41431-020-00748-y. Acesso em: 8 nov. 2024.

DELORS, J. *et al.* **Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Séc. XXI**. Tradução: José Carlos Eufrázio. Brasília, DF: Unesco no Brasil, 2010. p.9. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_por. Acesso em: 8 nov. 2024.

DINIZ, M. H. **As lacunas do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DOMINGUES, R. M. S. M. *et al.* Aborto inseguro no Brasil: revisão sistemática da produção científica, 2008-2018. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36 Supl. 1, n. e00190418, p. 1–40, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csp/a/Vz5bVgLTWS54g4KLXDynSqf/. Acesso em: 8 nov. 2024.

DULAY, A. T. **Aborto espontâneo - Versão para profissionais de saúde**. *In*: MANUAL MSD. Rahway (EUA): Merck, 2022. Disponível em: https://www.msdmanuals.com/pt/profissional/ginecologia-e-obstetrícia/anormalidades-na-gestação/aborto-espontâneo. Acesso em: 8 nov. 2024.

FEBRASGO – FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Distocias**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/184-distocias. Acesso em: 8 nov. 2024.

FERNANDES, S. S. *et al.* Liberação médico-jurídica da antecipação terapêutica do parto em anencefalia: implicações éticas. **Revista Bioética**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 260–266, 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242126. Acesso em: 8 nov. 2024.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. As origens do Estado Contemporâneo ou o Leviathan Gestor da Economia. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 36, n. 148, 1987. Disponível em: https://www.terciosampaioferrazjr.com.br/publicacoes/concepcao-de-sistema-juridico. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Conceito de sistema no Direito: Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FLORES de Marcela. Roteiro e direção: Glauber Filho. Fortaleza, Brasil: Estação Luz Filmes, 2009. Disponível em: https://youtu.be/5kUCQAgm29g. Acesso em: 8 nov. 2024.

GARRIDO, A. G. *et al.* **Avaliação ecográfica do líquido amniótico: técnicas e valores de referência**. São Paulo: Febrasgo, 2018. Disponível em: https://sogirgs.org.br/area-do-associado/avaliacao-ecografica-do-liquido-amniotico-tecnicas-e-valores-de-referencia.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

GONZAGA, A. B. DE S.; SILVA, J. O aborto à luz da prioridade absoluta do direito à vida: dilemas e perspectivas. ***Brazilian Journal of Development***, Curitiba, v. 5, n. 10, p. 17263–17275, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.34117/bjdv5n10-008. Acesso em: 8 nov. 2024.

HEIL, D. M.; DALPRÁ, E.; OLIVEIRA, V. C. DE. O aborto sob a ótica da legislação brasileira. ***Brazilian Journal of Development***, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 6513–6537, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.34117/bjdv7n1-442. Acesso em: 8 nov. 2024.

HEINEN, J. Coerência e sistema jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 149–172, 2018. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/29483. Acesso em: 8 nov. 2024.

HEY MELO, J. A. DE M.; BONATO, A. D. S. Cláusula de abertura dos direitos fundamentais e status hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 5, n. 9, p. 274–305, 3 abr. 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2017.9.274-305. Acesso em: 8 nov. 2024.

HOCHMAN, B. *et al.* Desenhos de pesquisa. **Acta Cirúrgica Brasileira**, São Paulo, v. 20, supl. 2, p. 2–9, 2005. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-86502005000800002. Acesso em: 8 nov. 2024.

HUGHES, S. **Mesmo sendo rara, por que "falsa morte" continua ocorrendo?** São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/articles/cpveewzgrw2o. Acesso em: 8 nov. 2024.

IPSOS. **89% dos brasileiros acreditam em Deus ou em um poder maior, aponta pesquisa Ipsos**. São Paulo, 2023a. Disponível em: https://www.ipsos.com/pt-br/89-dos-brasileiros-acreditam-em-deus-ou-em-um-poder-maior-aponta-pesquisa-ipsos. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Brasileiros estão divididos sobre a legalização do aborto**. São Paulo, 2023b. Disponível em: https://www.ipsos.com/pt-br/brasileiros-estao-divididos-sobre-legalizacao-do-aborto#. Acesso em: 8 nov. 2024.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LACERDA, M. S. de; FÉLIX, N. P.; LÔBO, M. R. M. O princípio da pessoalidade e suas garantias constitucionais e penais. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 207–217, 2013. Disponível em: https://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/view/2766. Acesso em: 8 nov. 2024.

LAL – INSTITUTO LADO A LADO PELA VIDA. **Novembro Azul: Por trás do bigode tem a saúde do homem!** São Paulo: Abril Saúde, 2023. Disponível em: https://ladoaladopelavida.org.br/noticia/1698785919693x531500896675692540. Acesso em: 8 nov. 2024.

LEAL, M. do C. *et al.* **Nascer no Brasil II: pesquisa nacional sobre aborto, parto e nascimento 2022-2023**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2023. Disponível em: https://nascernobrasil.ensp.fiocruz.br/wp-content/uploads/2023/11/Dados-preliminares-da-pesquisa-Nascer-no-Brasil-2.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

LEE, S. J. *et al.* Fetal Pain: *A Systematic Multidisciplinary Review of Evidence*. **JAMA**, Filadélfia (EUA), v. 294, n. 8, p. 24–31, 2005. Disponível em: https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/201429. Acesso em: 8 nov. 2024.

LIRA-CARDOSO, Á. *et al.* Avaliação psicológica de agressores sexuais no Brasil: instrumentos e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 247–281, 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.320. Acesso em: 8 nov. 2024.

LOPES JÚNIOR, A.; ROSA, A. M. da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal. Acesso em: 8 nov. 2024.

LUCCHESE, M. Filhos: evolução até a plena igualdade jurídica. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, Rio de Janeiro, v. 13, p. 231–238, 2013. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_231.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

LUNA, N. *From abortion to embryonic stem cell research: biossociality and the constitution of subjects in the debate over human rights*. ***Vibrant: Virtual Brazilian Anthropology***. Brasília: v. 12, n. 1. p. 167–203, 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1809-4341201 5v12n1p167. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. O direito ao aborto em caso de anencefalia: uma análise antropológica do julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 3, 2021. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1678-49442021v27n3a207. Acesso em: 8 nov. 2024.

MACHADO, M. A. G.; NISTLER, R. A objeção médica diante da possibilidade de interrupção de gravidez e o direito humano à vida. In: **Direito: Ramificações, Interpretações e Ambiguidades 3**. Ponta Grossa, Atena Editora, 2021. p. 251–265. Disponível em: https://atenaeditora.com.br/catalogo/post/a-objecao-medica-diante-da-possibilidade-de-interrupcao-de-gravidez-e-o-direito-humano-a-vida. Acesso em: 8 nov. 2024.

MAIA, C. S. *et al.* Transtorno do espectro autista e a suplementação por ácido fólico antes e durante a gestação. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 68, n. 4, p. 231–243, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000100003. Acesso em: 8 nov. 2024.

MAJOR, B. *et al. Abortion and Mental Health: Evaluating the Evidence.* ***American Psychologist***, Washington, DC (EUA), v. 64, n. 9, p. 863–890, 2009. Disponível em: https://psycnet.apa.org/doi/10.1037/a0017497. Acesso em: 8 nov. 2024.

MARINHO, M. E. P. Embriões: A busca de um estatuto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p219.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

MARTINS, A. M.; MALAMUT, B. S. Análise do discurso da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde do Homem. **Saúde e Sociedade (USP)**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 429–440, 2013. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902013000200014. Acesso em: 8 nov. 2024.

MATOS, P. B. de. Direito à vida do nascituro na fase intrauterina. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 15, p. 83–113, 2016. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/546. Acesso em: 8 nov. 2024.

MATTOS, M. S. S. de K.; SILVA, G. P. da; GAMA, R. F. da. O Problema da Consciência: por Onde Começar o Estudo? **Revista Brasileira de Educação Médica**, Brasília, v. 43, n. 1, p. 175–180, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1981-52712015v43n1RB20180165. Acesso em: 8 nov. 2024.

MENDES, E. L. M. B.; PONTES, P. I. S. Tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45: interpretação e aplicação frente às mudanças jurídicas. ENCONTRO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE ALAGOAS, 2, 2017, Maceió. **Anais**... Maceió: Escola Superior da Magistratura de Alagoas, Fundesmal, 2017, p. 62-73. Disponível em: https://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/229. Acesso em: 8 nov. 2024

MENDONÇA, L. A. P. de. **Dos direitos do nascituro e do embrião no Direito brasileiro**. Salvador, 2016. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro/325703422. Acesso em: 8 nov. 2024.

MENEGHETTI, F. K. O que é um ensaio teórico? **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 15, n. 2, p. 320–332, 2011. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S1415-65552011000200010. Acesso em: 8 nov. 2024.

MINORITY Report. Direção de Steven Spielberg. Los Angeles (EUA): *20th Century Fox*, 2002. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt0181689/. Acesso em: 8 nov. 2024.

MOLDENHAUER, J. S. **Indução do trabalho de parto - Versão para profissionais de saúde**. *In*: MANUAL MSD. Rahway (EUA): Merck, 2021. Disponível em: https://www.msdmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetrícia/anormalidades-e-complicações-do-trabalho-de-parto-e-do-parto/indução-do-trabalho-de-parto. Acesso em: 8 nov. 2024.

MONTAGNA, E.; ZAIA, V.; LAPORTA, G. Z. Adoção de protocolos para aprimoramento da qualidade da pesquisa médica. **Einstein**, São Paulo, v. 18, p. 1–4, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/eins/a/dxYGQ48zGKmtcRCrYPQF4Rh/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 8 nov. 2024.

MONTANARI, T. **Embriologia: texto, atlas e roteiro de aulas práticas**. Porto Alegre: Ed. do autor, 2013. Disponível em: https://www.ufrgs.br/livrodeembrio/. Acesso em: 8 nov. 2024.

MOREIRA-ALMEIDA, A.; ARAUJO, S. de F. O cérebro produz a mente? Um levantamento da opinião de psiquiatras. ***Archives of Clinical Psychiatry***, São Paulo, v. 42, n. 3, p. 69–70, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rpc/a/W8GPGHzbpbJSNfxYb9Frp7R/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 8 nov. 2024.

NAZARI, E. M.; MÜLLER, Y. M. R. **Embriologia humana**. Florianópolis: Biologia/EAD/UFSC, 2011. Disponível em: https://domainpublic.wordpress.com/wp-content/uploads/2022/03/embriologia-humana-com.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

NOVAIS, C. D. R. DE. ***In dubio pro vita***. Cuiabá: Ministério Público de Mato Grosso, 2019. Disponível em: https://mpmt.mp.br/portalcao/news/836/80120/in-dubio-pro-vita/7. Acesso em: 8 nov. 2024.

OLIVEIRA, L. de A. M. *et al.* Mortalidade por anencefalia: estudo epidemiológico dos fatores de risco. ***Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research***, Cianorte, v. 20, n. 3, p. 14–20, 2017. Disponível em: https://www.mastereditora.com.br/periodico/20171104_142118.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

OLIVEIRA, M. de F. **O princípio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis**. Orientadora: Prof.ª Dr.ª Helena Regina Lobo da Costa. 2014. 268 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprincipiodahumanidade.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. ***152 million babies born preterm in the last decade***. Genebra (CHE), 2023a. Disponível em: https://www.who.int/news/item/09-05-2023-152-million-babies-born-preterm-in-the-last-decade. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. ***Clinical practice handbook for quality abortion care***. Genebra (CHE): OMS, 2022. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/9789240075207. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. ***ICD-11 Reference Guide***. Genebra (CHE): OMS, 2022. Disponível em: https://icdcdn.who.int/icd11referenceguide/en/html/index.html#standards-and-reporting-requirements-for-mortality-in-perinatal-and-neonatal-periods. Acesso em: 8 nov. 2024.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral nº 36 ao art. 6º (direito à vida) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Tradução: Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais. Lisboa (POR): Procuradoria-Geral da República de Portugal, 2019. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/pidcp-comentariogeral36-portugues-sp.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. **Consenso de Montevidéu sobre População e Desenvolvimento**. Montevidéu: Cepal, 2013. Disponível em: https://hdl.handle.net/11362/21884. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. ***General comment no. 14 (2000), The right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)***. Genebra: *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, 2000. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/425041?v=pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. ***General comment no. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)***. Genebra: *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, 2016. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/832961?v=pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

ORWELL, G. **1984**. Tradução: Wilson Velloso. 17. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

PALAR, J. V.; RODRIGUES, N. T. D. R.; CARDOSO, W. M. A vedação da crueldade para com os animais não-humanos à luz da interpretação constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 304–323, 2017. https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v16i7.3109. Acesso em: 8 nov. 2024.

PAPALIA, D. E.; MARTORELL, G. **Desenvolvimento humano**. Trad.: Francisco Araújo da Costa. 14. ed. Porto Alegre: Artmed, 2022. *E-book*.

PEDRO, A. O. *et al.* Idade de ocorrência da menopausa natural em mulheres brasileiras: resultados de um inquérito populacional domiciliar. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 17–25, 2003. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-311X2003000100003. Acesso em: 8 nov. 2024.

PERUZZO JÚNIOR, L.; STROPARO, A. L. *Dissolving the Self: the cognitive turn of the extended mind theory*. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 46, n. 2, p. 193–214, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.1590/0101-3173.2023.v46n2.p193. Acesso em: 8 nov. 2024.

PIXOTE, a lei do mais fraco. Direção de Hector Babenco. São Paulo: HB Filmes/Unifilm, 1981. Disponível em: https://www.imdb.com/title/tt0082912/. Acesso em: 8 nov. 2024.

PORTO, M. Saúde mental e abortamento voluntário na audiência pública da ADPF442/STF. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 43, n. e264324, p. 1–16, 2023. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1982-3703003264324. Acesso em: 8 nov. 2024.

QUEIROZ, C. Violência sexual contra homens é subnotificada (Agressões silenciadas). **Revista Fapesp**, São Paulo, v. 336, p. 76–81, 2024. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/violencia-sexual-contra-homens-e-subnotificada/. Acesso em: 8 nov. 2024.

QUEIROZ, V. S. A personalidade do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 239–242, 2003. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-17/artigo-das-pags-239-242. Acesso em: 8 nov. 2024.

RCOG – *ROYAL COLLEGE* OF *OBSTETRICIANS & GYNAECOLOGISTS*. ***Fetal Awareness: Review of Research and Recommendations for Practice***. Londres (GBR): RCOG, 2010. Disponível em: https://www.rcog.org.uk/media/xujjh2hj/rcogfetalawarenesswpr0610.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

_____. ***RCOG Fetal Awareness Evidence Review, December 2022***. Londres (GBR): RCOG, 2022. Disponível em: https://www.rcog.org.uk/media/gdtnncdk/rcog-fetal-awareness-evidence-review-dec-2022.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

RETS – REDE INTERNACIONAL DE EDUCAÇÃO DE TÉCNICOS EM SAÚDE. **Contracepção de emergência**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2022. Disponível em: https://www.rets.epsjv.fiocruz.br/contracepcao-de-emergencia. Acesso em: 8 nov. 2024.

ROCHA, F. I. F. A proteção do direito à vida nas constituições republicanas brasileiras. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 24, n. 2, p. 131–148, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.21207/1983.4225.858. Acesso em: 8 nov. 2024.

RODAS, J. G. **Tratado internacional só é executório no Brasil depois da promulgação e publicação**. São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-dez-24/olhar-economico-tratado-executorio-depois-promulgacao/. Acesso em: 8 nov. 2024.

RODRIGUES, I. Pílula anticoncepcional marca a liberdade sexual feminina e expõe o machismo. **IstoÉ**, São Paulo, 2022. Disponível em: https://istoe.com.br/pilula-anticoncepcional-marca-a-liberdade-sexual-feminina-e-expoe-o-machismo/. Acesso em: 8 nov. 2024.

SALARI, N. *et al. Global prevalence of congenital anencephaly: a comprehensive systematic review and meta-analysis*. ***Reproductive Health***, Londres, v. 19, n. 1, p. 201, 2022. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC9575217/pdf/12978_2022_Article_1509.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

SALDANHA, A. C. **Aspectos bioéticos, constitucionais e civis da tutela do embrião humano e do direito fundamental ao patrimônio genético**. Orientador: Dr. Rosendo de Freitas Amorim. 2011. 137 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2011. Disponível em: https://biblioteca.sophia.com.br/terminalri/9575/acervo/detalhe/91597. Acesso em: 8 nov. 2024.

SANTOS, L. M. P.; PEREIRA, M. Z. Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 17–24, 2007. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-311X2007000100003. Acesso em: 8 nov. 2024.

SCHERER, C. N.; SANCHES, M. A. Caracterização atual da objeção de consciência: proposta crítica e renovada. **Revista Bioética**, Brasília, v. 29, n. 4, p. 706–715, 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422021294504. Acesso em: 8 nov. 2024.

SEDANO L., M. *et al. Reflexiones sobre la conducta obstétrica en la embarazada con feto anencefálico*. **Revista Médica de Chile**, Santiago (CHL), v. 136, n. 6, p. 789–792, 2008. Disponível em: http://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872008000600016. Acesso em: 8 nov. 2024.

SEGRE, M. Aspectos éticos e filosóficos da clonagem. **Ciência e Cultura**, Campinas, v. 56, n. 3, p. 42–44, 2004. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252004000300020&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 8 nov. 2024.

SERAFIM, A. de P. *et al.* Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças. **Revista de Psiquiatria Clínica**, São Paulo, v. 36, n. 3, p. 101–111, 2009. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0101-60832009000300004. Acesso em: 8 nov. 2024.

SOARES, D. O. **Abortamento e a prevalência do direito à vida do embrião desde a sua concepção**. Salvador, 2019. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/abortamento-e-a-prevalencia-do-direito-a-vida-do-embriao-desde-a-sua-concepcao/735592764. Acesso em: 8 nov. 2024.

SOUSA, R. F. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 9–29, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n1p9. Acesso em: 8 nov. 2024.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mês da Mulher: há onze anos, STF descriminalizou a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos**. Brasília, 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503580&ori=1. Acesso em: 8 nov. 2024.

TEODORO, F. J. **Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. 2005. Orientador: Prof. Dr. Dirceu de Mello. 2005. 315 f. Dissertação (Mestrado) - Direito Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/7907. Acesso em: 8 nov. 2024.

VICENTE, C. D. *et al*. Adolescentes em situação de abortamento: perfil sociodemográfico e obstétrico. ***Brazilian Journal of Development***, Curitiba, v. 6, n. 7, p. 50929–50937, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.34117/bjdv6n7-657. Acesso em: 8 nov. 2024.

VIEIRA, J. R. A noção de sistema no Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 33, p. 53–64, 2000. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1844/1540. Acesso em: 8 nov. 2024.

APÊNDICE

MATERIALISMO E ESPIRITUALISMO NAS CIÊNCIAS NO SÉC. XXI

Como informado no capítulo introdutório do estudo, este autor entendeu conveniente acrescentar o presente apêndice para trazer algumas considerações a propósito da "tensão entre o material e o espiritual" a que se refere o Relatório Delors, elaborado para a Unesco, no final do séc. XX (Delors *et al.*, 1998), que pode ser nomeada como dicotomia *materialismo vs. espiritualismo* e que se verifica nas Ciências. Isso tem reflexos no tema principal objeto do estudo – e em outros que dizem respeito à vida humana, como eutanásia, suicídio assistido *etc*. –, porquanto se percebe que aquelas e aqueles que se postam pró-aborto não raro levantam a crítica, às vezes fundada, às vezes não, de que quem se lhes opõe o faz baseando-se em *crenças religiosas ou espiritualistas*, e desfraldam a bandeira de que *o Estado brasileiro é laico* e que *tais crenças não podem impedir o direito da mulher de realizar o aborto ao seu alvedrio*.

Assim o fazendo, incorrem em duplo erro: primeiro, porque parecem confundir as noções de estado laico e de estado religioso, talvez ansiando, ainda que inconscientemente, por *emaranhar* os debates que se travam a respeito do aborto e desviar o foco do ponto principal a que se refere, que é a **proteção outorgada pelo Direito à vida humana**. O Estado brasileiro é laico – e plenamente laico, frise-se –, pois seu fundamento se encontra na CF e é regido por leis que hão de observar os preceitos constitucionais, sendo que **a norma constitucional não pode ser suplantada** por nenhuma lei, nem, muito menos, **por nenhum conceito de origem religiosa/espiritualista**, como ocorre em estados religiosos ou teologais (p.ex., o Vaticano, onde vigora o Direito Canônico elaborado com base na Bíblia e nos Evangelhos, e os Estados islâmicos que adotam a *Sharia*), nem, tampouco, autoriza seja o Brasil comandado por religiosos escolhidos segundo leis religiosas (como, p.ex., o Papa, no Vaticano, ou autoridades religiosas islamitas em Estados regidos pela *Sharia*), ou subordina a interpretação de suas leis a quaisquer preceitos religiosos

oriundos de *livros sagrados* ou ditados por *líderes religiosos*, *sacerdotes* ou *profetas*, para arrolar apenas algumas das principais características de estados não-laicos.

Em segundo lugar, porque põem de lado o fato de que cerca de *89% da população brasileira acredita em Deus ou em um poder superior*, conforme apontou a pesquisa *Global Religion 2023*, realizada pela empresa Ipsos (2023a). O resultado dessa pesquisa indica que a grande maioria do Povo brasileiro é espiritualista, filie-se ou não a uma religião institucionalmente constituída. Assim, é crível admitir que proporção semelhante se encontre dentre os representantes eleitos pelo Povo para as casas legislativas federais, estaduais, distritais e municipais, bem como conselhos, comitês *etc*. Em função dessa representatividade, é razoável conceber que conceitos religiosos/espiritualistas professados *pela maioria do Povo brasileiro* informem, conscientemente ou não, a elaboração de normas jurídicas, abarcadas as constitucionais, e, em certa medida, até moldem o próprio sistema jurídico brasileiro encabeçado pela CF. Não se descura, ainda, que, presente o fato de que a CF assegura a inviolabilidade da liberdade de crença e o livre exercício de cultos religiosos (art. 5º, VI), os costumes dessa natureza observados pela população brasileira que se revelem *secundum* ou *præter legem* podem, quando necessário, ser empregados para a colmatação de lacunas do ordenamento jurídico pelo intérprete/aplicador do Direito, jamais, porém, costumes religiosos/espiritualistas *contra legem*, em especial os que se afigurem inconstitucionais ou incoerentes com o sistema jurídico brasileiro. Ademais, os valores religiosos/espiritualistas compõem a cultura da sociedade brasileira e, até por recomendação da Conferência do Cairo – citada como argumento pró-aborto em inúmeros trabalhos –, é devido “o pleno respeito aos diferentes valores religiosos e éticos e à formação cultural” do Povo brasileiro, “de acordo com os direitos humanos internacionais universalmente reconhecidos” (Brasil, 2006, p. 42).

Isso, entretanto, **não transforma o Brasil em um estado religioso ou teologal, nem, tampouco configura *anomalia* no regime democrático de um estado laico**, sempre tendo presente, de forma peremptória, que nem conceitos, nem costumes religioso-espiritualistas jamais poderão se sobrepor à CF e às leis que a ela se amoldem, ou se mostrar incoerentes com o sistema jurídico nacional, ou suprimir a laicidade do Estado brasileiro. Constitui, sim, expressão legítima do Povo brasileiro, ***do qual emana todo o poder*** e é exercido por meio de seus

representantes eleitos direta ou indiretamente (CF, art. 1º, parágrafo único). **Pensar o contrário seria tentar limitar o poder outorgado ao Povo brasileiro pela CF** e impor a elaboração de normas jurídicas que contrariassem, por qualquer meio, suas próprias características socioculturais. Frise-se, de forma categórica, que tais possíveis influências religioso-espiritualistas sobre o ordenamento jurídico brasileiro **nunca serão capazes de suprimir ou limitar à mulher quaisquer dos direitos que lhe são assegurados pela CF**, pois **somente a norma constitucional detém o poder de limitá-los, como o faz no caso da supremacia do direito à vida do nascituro**, conforme visto no estudo.

De mais a mais, as(os) defensoras(es) do aborto parecem se esquecer que **o materialismo também é uma *crença***. Trata-se da **crença de que *nada existe além da matéria* percebida pelos limitados sentidos humanos**, mesmo que ampliados pelos mais modernos equipamentos disponíveis na atualidade – como os imensos telescópios em órbita da Terra que *enxergam* imagens do Universo conhecido (talvez um entre muitos) a bilhões de anos-luz, microscópios eletrônicos e outros que captam imagens tridimensionais de alta resolução e mostram detalhes de estruturas microscópicas que sequer se imaginava existissem, aceleradores de partículas que desvendam a intimidade de partículas subatômicas *etc.* – a serviço de brilhantes inteligências que, pelo raciocínio, extrapolam os estreitos lindes sensoriais humanos. A cada passo do progresso do conhecimento, propiciada pela evolução da tecnologia e pela extraordinária capacidade humana de raciocinar, outras e incríveis descobertas são feitas, não raro obrigando a revisão de teorias vigentes, compreendidas algumas tidas como *definitivas*, ao tempo em que abrem imensas lacunas no conhecimento científico, que demandam novas e mais avançadas pesquisas[551].

A crença materialista, entretanto, nada tem de nova, pois remonta a filósofos da Antiguidade grega, como Demócrito e Epicuro – além de outros em outras tradições, talvez até mais antigas. Mas, a partir do séc. XIX – em especial com o Positivismo comtiano e as diversas correntes filosóficas e ideológicas de matiz

[551] Isso se verificou e se verifica, p.ex.: no campo da Física, em face da descoberta de novas partículas subatômicas, para mais dos *velhos conhecidos* prótons, elétrons e nêutrons, e pela ampliação dos conhecimentos relacionados à Física Quântica; no campo da Genética e da Medicina, com o sequenciamento do genoma humano e os cada vez mais acurados equipamentos de imageamento; e no campo da Informática e Computação, com os surpreendentes avanços que se abrem com os supercomputadores e o emprego cada vez mais frequente da inteligência artificial em praticamente todas as áreas do conhecimento e nas suas aplicações práticas, trazendo, porém, novas perguntas e novos desafios para a comunidade científica e para a Humanidade.

materialista que se lhe seguiram, como o Marxismo ou Materialismo-histórico, o Materialismo-científico, a Fenomenologia, o Neomaterialismo e tantas outras –, o materialismo passou a influenciar profundamente as ciências no séc. XX e continua influenciando-as fortemente neste séc. XXI. Deve-se de plano afirmar que a visão materialista não é, *em si mesma*, um *problema* e se deve reconhecer que, sem a sua contribuição, talvez os conhecimentos humanos ainda estivessem *engatinhando*, atrelados a inúmeros preconceitos, superstições e fanatismos, não raro explorados por charlatães, que se faziam presentes inclusive nas ciências até, no mínimo, os albores do séc. XX.

Contudo, o primeiro grave problema que se entrevê no materialismo consiste em que grande parte dos cientistas que a ele se alinham **propagam suas ideias como *verdades absolutas e irrefutáveis*** e, porque se lhes apõe o **selo de *baseadas em evidências***, são aceitas (e até impostas) por grande parte da comunidade científica sem maiores discussões, mesmo sabendo que as *atuais evidências* podem ser suplantadas por outras *daqui a pouco*, ou até refutadas, porque embasadas em *dados falsos ou falseados*[552]. Não se apercebem que **a atitude que assumem** diante dessas tais *verdades absolutas e irrefutáveis baseadas em evidências*, em várias ocasiões, **não difere em essência do comportamento do crente ou do fiel que defende os dogmas da religião a que se filia**, por mais ofensivos possam ser tais dogmas diante de um exame minimamente racional. E, a despeito de admitirem que, a qualquer momento, elas podem ser superadas por outras tantas *verdades científicas* baseadas em *evidências tão absolutas e irrefutáveis* como as que foram suplantadas e/ou refutadas, se aferram às que se lhes seguiram e as aceitam, sem mais questionamentos, como os *novos dogmas científicos* revelados pelos *profetas* da ciência materialista.

Claro que, assim como em relação à crença religiosa, qualquer pessoa no Brasil é livre para seguir uma crença materialista, em consonância com a ideologia ou vertente a que mais se afeiçoe, e essa sua liberdade é inviolável, nos termos do inciso VI do art. 5º da CF. Todavia, de igual forma que pessoas que se filiam a alguma religião ou corrente espiritualista não podem pretender que suas crenças religiosas/espiritualistas prevaleçam sobre as de pessoas que adotam posturas

[552] V. nota de rodapé nº 376 do estudo.

materialistas (ateias, agnósticas, niilistas *etc*.), **o contrário também é verdadeiro**, de modo que estas não podem impor àquelas a aceitação de *suas crenças materialistas*, sob pena de, no extremo e em um e outro caso, chegar a configurar ofensa ou tentativa de ofensa ao princípio da inviolabilidade da liberdade de crença (e de consciência), expresso no citado dispositivo constitucional.

Porém, já Shakespeare, pela boca de Hamlet, afirmava que "*there are more things in heaven and earth, Horatio, than are dreamt of in your philosophy*"[553], frase que é comumente traduzida no Brasil como ***há mais coisas entre o céu e a terra do que supõe sua vã filosofia***, podendo-se acrescentar, sem muito receio de errar, ***e sua não menos vã ciência materialista***, que, em **postura quase fanática**, até se nega a *tolerar a possibilidade de indagar* sobre a existência de *algo afora a matéria* e, muito menos, a *admiti-la como hipótese a ser investigada cientificamente*. Seguramente, há infindáveis mostras de embustes, charlatanismos, mistificações *etc*. fruto da malícia humana, presente em toda a História, mas há incontáveis *fenômenos*, aos quais se lhes dá a alcunha de *paranormais, espirituais, anômalos, transcendentais etc*. – verificados em toda a História –, em que não se depara com falsificação ou charlatanismo de qualquer espécie, mas que não encontram *explicação definitiva*, por mais se a busque, no conhecimento científico *atual*. Esse conhecimento, em verdade, é limitado, pois se resume à matéria hodiernamente conhecida, cujo entendimento, com poucas exceções, é circunscrito às possibilidades ofertadas pelas quatro dimensões atualmente alcançáveis pelos sentidos humanos (altura, largura, profundidade e tempo), ainda que, pelo raciocínio possa se chegar a outras dimensões admitidas pela Física. Não se descura que, no futuro, com a ampliação do conhecimento e o desenvolvimento de novas tecnologias, as respostas possam ser encontradas nessa *mesma matéria* (e até nessas *mesmas dimensões*), porém, o **desprezo de qualquer indagação a propósito da existência *de algo além disso*** é o segundo dos grandes problemas que se percebe na filiação a crenças materialistas.

Há, porém, iniciativa internacional que busca investigar os fenômenos não explicados, ao menos até o momento, pelas ciências materialistas, em moldes por ela mesma aceitos. Trata-se do "Manifesto para uma ciência pós-materialista" proposto inicialmente por Mario Beauregard em um grupo de oito cientistas e pesquisadores,

[553] Ato 1, cena 5 (Disponível em: https://www.rsc.org.uk/hamlet/about-the-play/famous-quotes. Acesso em: 8 nov. 2024).

inclusive um brasileiro (Beauregard *et al.*, 2014)[554]. O Manifesto propõe a adoção de um novo paradigma científico, o qual, em apertadíssima síntese, propugna por **não desprezar** a *possibilidade* de haver *algo além da matéria* nas pesquisas científicas e investigar os fenômenos tidos como paranormais, espirituais, anômalos *etc*. adotando métodos científicos rígidos e atendendo a preceitos metodológicos preconizadas pelas ciências materialistas. Resultados de algumas pesquisas levadas a efeito neste séc. XXI e que buscam atender a esse novo paradigma científico parecem demonstrar que, sim, *há algo que não se subsome à matéria*, tal qual é concebida pelas ideologias materialistas hegemônicas nas ciências da atualidade[555].

Grande parte dessas pesquisas se realiza na área da saúde, onde há o reconhecimento da influência de questões religiosas e espirituais em especial sobre a saúde mental do ser humano. Isso se vê, p.ex., no DSM-5 (APA, 2014), já a partir do trecho citado no estudo[556], mas mais especificamente quando esclarece que "cultura inclui linguagem, religião e espiritualidade, estruturas familiares, estágios do ciclo da vida, rituais cerimoniais e costumes, bem como os sistemas morais e legais" (p.749; sem sublinhas no original) e anota que algumas ditas *influências espirituais* são associadas a transtornos mentais, como os do espectro da esquizofrenia e os dissociativos de identidade, o que, no mínimo, levanta questionamentos sobre a *realidade* de tais influências, motivando pesquisas a respeito. Não por outra razão, a Sessão de Religião, Espiritualidade e Psiquiatria da *World Psychiatry Association* (WPA), emitiu declaração a propósito do tema, aprovada pelo Comitê Executivo daquela Associação, na qual se encontra, dentre suas recomendações, a de que "há necessidade de mais pesquisas sobre religião e espiritualidade em psiquiatria, especialmente em suas aplicações clínicas", abrangendo "uma ampla diversidade de origens culturais e geográficas" (Moreira-Almeida *et al.*, 2016, p. 87; livre trad.; sem sublinhas no original)[557].

---

[554] O Manifesto surgiu em 2014 e atualmente conta com a adesão de mais de 550 cientistas e pesquisadores, dentre os quais este autor (Disponível em: https://opensciences.org/about/manifesto-for-a-post-materialist-science. Acesso em: 8 nov. 2024).

[555] Descabe referir trabalhos dessa natureza, mas quem se interessar pelo assunto pode encontrar alguns deles na página da organização *Open Science* (Disponível em: https://opensciences.org/articles) e em repositórios de artigos científicos como PubMed (https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov) e outros. (*Links* acessados em: 8 nov. 2024).

[556] Tópico 4.2.14 do estudo.

[557] Original: "*There is a need for more research on both religion and spirituality in psychiatry, especially on their clinical applications. These studies should cover a wide diversity of cultural and geographical backgrounds*".

O próprio Direito não fica de fora de questionamentos do gênero. São até notórios alguns casos de absolvição, por júris brasileiros, de réus acusados de homicídio, a partir de *cartas das próprias vítimas* (ou seja, de quem fora assassinado), que por elas teriam sido transmitidas a *médiuns psicógrafos*, pessoas a quem se atribui a capacidade de receber comunicações de *espíritos desencarnados* por meio da escrita[558]. Por evidente, isso desperta polêmica e parece ser certo que *cartas psicografadas* ou *de além-túmulo* não devem ser acolhidas como único meio de prova, quer para absolvição, quer para condenação de alguém, em processo judicial de qualquer espécie, e mesmo a sua aceitação, ou validade como prova em juízo pode e deve ser questionada pelo intérprete/aplicador do Direito. Porém, *há mais coisas entre o céu e a terra* e, quiçá, as Ciências Jurídicas, em algum momento, também haverão de olhar para esses fenômenos com mais vagar, sob pena de se perderem na vacuidade de posturas materialistas defendidas por grupos que, quais empedernidos fanáticos, até se recusam a interrogar sobre o que se opõe às suas crenças.

É certo que os materialistas têm uma dada *vantagem jurídica* sobre os espiritualistas. Como o materialismo parte da afirmativa de *não existir nada além* da matéria, fica, em princípio, *desobrigado* de apresentar *provas da sua crença*, pois, de ordinário, é impossível a prova de *fato negativo*, cognominada *probatio diabolica*. Situam-se na confortável posição da parte que, em juízo, nada precisa provar, porquanto, diante do fato negativo que alega, cabe à contraparte provar o *fato positivo* que se lhe opõe, o que, no caso da dicotomia *materialismo vs. espiritualismo*, significaria que aos espiritualistas caberia o *ônus de provar* que *algo existe além* da matéria. Porém, em dadas situações, o juiz pode deferir a *inversão do ônus da prova* e a parte que alega o fato negativo há de provar, não necessariamente a *não-ocorrência do fato negativo* – que, por vezes, é realmente impossível de ser provada – mas a *ocorrência de fatos incompatíveis com o fato positivo* alegado pela contraparte. A *ameaça* da inversão do ônus da prova paira

[558] O *médium* brasileiro provavelmente mais conhecido no Brasil – e talvez no Mundo – é Francisco Cândido Xavier (Chico Xavier), já falecido, que *recebeu*, pelo menos, três *cartas* supostamente *transmitidas* por vítimas de homicídio e que foram utilizadas pelas defesas, em adição ao conjunto probatório das respectivas ações penais, nas quais os acusados foram absolvidos pelos júris que os julgaram, como relata matéria da revista eletrônica Consultor Jurídico de autoria de Aline Pinheiro "Provas do além: Justiça aceita cartas psicografadas para absolver réus" (Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-jul-14/justica_aceita_cartas_psicografadas_absolver_reus/. Acesso em: 8 nov. 2024).

sobre os materialistas, pois agora talvez não baste afirmar que *nada existe*, na medida em que, diante do resultado de algumas pesquisas sérias, em temas que dizem respeito ao espiritualismo, desenvolvidas com critérios metodológicos rígidos por cientistas confiáveis, que parecem demonstrar ou apontar que *algo existe*, sua posição pode *não ser mais tão confortável*, e precisam, ao menos, se dar ao trabalho de analisar essas pesquisas, antes de simplesmente desprezá-las sob a alcunha de charlatanismo ou coisa que o valha.

Seja como for, **as ideologias e doutrinas de inspiração materialista, ainda que com discursos sociais, já se mostraram ineficientes e insuficientes para suprir as necessidades do ser humano**, pois que tudo centram no *ter* – dinheiro, poder, posição social, títulos acadêmicos e citações em periódicos científicos, cargos políticos e de relevo público, empregos superbem remunerados, imóveis de alto valor *etc*. – ao invés de *ser*, que pode compreender uma dimensão que ultrapassa a matéria, a qual se pode denominar *espiritual*. Daí a *tensão entre o material e o espiritual* no mundo contemporâneo constatada pelo Relatório Delors (Delors *et al.*, 1998), que acrescenta que "o ser humano – muitas vezes, de forma insensível ou sem a capacidade de exprimir tal estado anímico [de tensão] – tem sede de ideal ou de valores a que, para evitar ferir alguém, atribuímos o qualificativo de morais", conferindo à educação "a nobre tarefa de suscitar em todos, segundo as tradições e as convicções de cada um, no pleno respeito do pluralismo, essa elevação do pensamento e do espírito até o universal e, inclusive, uma espécie de superação de si mesmo" (p.9). Alia-se essas considerações ao reconhecimento de outras iniciativas internacionais, como as antes citadas neste apêndice, em particular na área da saúde mental, tanto afetada pela aparentemente irrefreável *compulsão materialista do mundo atual* pela aquisição de bens e ampliação de poder, mesmo que *disfarçada por apelos sociais*.

Todo esse quadro não raro provoca imensos e intensos *vazios existenciais*, por ausência de perspectivas para mais dos aspectos materiais da vida, que, posto que tangíveis, ou mensuráveis, *são voláteis como bolhas de sabão*, e toda e qualquer aquisição material do ser humano – compreendidos os títulos, cargos, empregos *etc*. – pode se desfazer em questão de minutos e até segundos, seja por eventos da natureza, por doenças e acidentes, seja por outros motivos, como de ordem econômica, ações delituosas *etc*. Desses *vazios existenciais* que se abrem diante da

perspectiva do *nada após a morte*, proposta e defendida pelo materialismo, frequentemente resultam graves quadros de depressão, ansiedade (as *epidemias do século*), transtornos mentais vários em seres humanos de todas as idades, levando até jovens e crianças ao suicídio.

Bem se vê que a postura materialista evidentemente afeta negativamente o valor ou a importância atribuída à vida humana, o que acaba refletido em todas as áreas onde ela se apresente, maiormente nos debates sobre o direito à vida e sobre em que medida deve ser assegurado ao ser humano pelo Direito, como os que se travam em relação ao aborto, tema principal do estudo, bem assim em relação a outros assuntos, alguns mencionados neste apêndice. Por certo, não se pode pretender a prevalência de conceitos religiosos/espiritualistas sobre o ordenamento jurídico, em Estados laicos como o brasileiro, porém, tampouco se há de intentar que conceitos originados no materialismo nele prevaleçam, em afronta às características socioculturais do Povo, do qual *emana todo o poder*, notadamente em questões que se reportam ao *direito à vida*, mas *que faceiam a morte*, dado que, quando menos, há dúvidas sobre a existência de uma dimensão espiritual para *além do túmulo*.

Frente a esse tipo de embate, porém, o intérprete, o aplicador do Direito e o legislador têm a *bússola certa* em mãos: os princípios e normas constitucionais, medida exata de validade e coerência do repertório do sistema jurídico brasileiro e que, quando empregados em consonância com a estrutura do sistema, lhes aponta o *caminho preciso* para *desviar-se das armadilhas* montadas por uma e outra crença. Entende-se, pois, que urge haver mudanças de paradigmas nas ciências – ao menos quanto a questionar a hegemônica postura materialista, que parece pretender imperar inclusive no âmbito Direito – por meio daquela *elevação do pensamento e do espírito para o universal*, a que se refere o Relatório Delors, tendo sempre presente: ***in dubio, pro vita***! pois “o direito à vida é o direito supremo do qual nenhuma derrogação é permitida” (ONU, 2019; item 1) e do qual todos os demais decorrem.

REFERÊNCIAS DO APÊNDICE[559]

APA, AMERICAN PSYCHOLOGIC ASSOCIATION. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-5**. Trad.: Maria Inês Corrêa Nascimento et al. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BEAUREGARD, M. *et al. Manifesto for a Post-Materialist Science*. ***Explore: The Journal of Science and Healing***, Berkeley, EUA, v. 10, n. 5, p. 272–274, 2014. Disponível em: https://opensciences.org/files/pdfs/Manifesto-for-a-Post-Materialist-Science.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

BRASIL. **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres**. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/arquivos-diversos/publicacoes/publicacoes/inst-int.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

DELORS, J. *et al.* **Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Séc. XXI**. Tradução: José Carlos Eufrázio. Brasília, DF: Unesco no Brasil, 2010. p.9. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_por. Acesso em: 8 nov. 2024.

IPSOS. **89% dos brasileiros acreditam em Deus ou em um poder maior, aponta pesquisa Ipsos**. São Paulo, 2023a. Disponível em: https://www.ipsos.com/pt-br/89-dos-brasileiros-acreditam-em-deus-ou-em-um-poder-maior-aponta-pesquisa-ipsos. Acesso em: 8 nov. 2024.

MOREIRA-ALMEIDA, A. et al. WPA *Position Statement on Spirituality and Religion in Psychiatry*. ***World Psychiatry***, v. 15, n. 1, p. 87–88, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1002/wps.20304. Acesso em: 8 nov. 2024.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral nº 36 ao art. 6º (direito à vida) do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Tradução: Departamento de Cooperação Judiciária e Relações Internacionais. Lisboa (POR): Procuradoria-Geral da República de Portugal, 2019. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/pidcp-comentariogeral36-portugues-sp.pdf. Acesso em: 8 nov. 2024.

[559] **OBS.**: os *links* das obras listadas nas referências bibliográficas deste apêndice e constantes das suas notas de rodapé foram acessados em diferentes datas, no curso da sua elaboração, porém, todos foram conferidos e, quando necessário, atualizados na data da finalização do estudo; pode ter havido alterações nesses *links* após essa data.

SOBRE O AUTOR

MAURICIO DOFF SOTTA – Mestre em Direito Privado (UFPR), bacharel em Direito (UEPG/PR), especialista em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal (FGV/ESAF/União Europeia) e MBA em Governança Corporativa (Fipecafi). Advogado aposentado, foi Consultor Jurídico do Banco do Brasil S.A., tendo exercido o cargo de Diretor Jurídico daquela instituição em caráter de interinidade. Foi, ainda, assessor do Sr. Ministro João Otávio de Noronha (STJ), professor de Direito Civil e de Direito Comercial em cursos de bacharelado em Direito (respectivamente UEPG/PR e Iesb/DF) e professor de Previdência Complementar em curso de especialização em Direito (UniCEUB/DF). É também bacharel em Música – Habilitação Composição (UnB) e em Musicoterapia (Unespar/PR).

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0960-9483
Lattes: http://lattes.cnpq.br/5532697544079662.

Agência Brasileira ISBN
ISBN: 978-65-6016-087-3