

EDILSON FREIRE DA SILVA

VIDA HUMANA E O CRIME DE ABORTAMENTO

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
2010**

EDILSON FREIRE DA SILVA

VIDA HUMANA E O CRIME DE ABORTAMENTO

**Dissertação apresentada à banca
examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção
do título de Mestre em Direito na área
de Relações Sociais, sob a orientação
da Prof^a Dr^a Maria Celeste Cordeiro
Leite Santos.**

**SÃO PAULO
2010**

Banca Examinadora

*A Viviane Sousa Santos
Freire, esposa, parceira
de enfrentamento das
incontáveis dificuldades
para a elaboração da
presente dissertação.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade de viver e evoluir, pois quanto aos homens eu poderia ter sido apenas um zigoto sem proteção.

À minha mãe, Jorgina Delecrode, pessoa humilde e oriunda da roça, mas que sempre inculcou em seus filhos a honestidade e a busca de um futuro melhor.

À professora Maria Celeste, pelo meu aprendizado, por sua grandeza demonstrada e pela imensurável aptidão com que conduz seus orientandos, além da lição de vida sempre constante.

Ao professor Cícero Germano da Costa, pela mão estendida e pela maravilhosa pessoa que é.

À minha família, alicerce do dia a dia.

À minha filha Manuella, razão de viver.

Ao meu irmão Edson, cunhado Joshi e sobrinhos Nicolas e Yasmim.

A Universidade São Francisco.

Aos colegas e demais pessoas que, direta ou indiretamente, colaboraram com a presente.

RESUMO

O tema central deste trabalho é o abortamento ilícito e suas decorrências. A pesquisa objetiva trazer o momento inicial da vida humana, ponto fundamental, para que então o ato de interromper a gravidez antes do nascimento do feto possa ser tratado como um ilícito penal desde os primeiros sinais de vida humana. Diante do princípio da legalidade, desejando o Estado coibir a prática do abortamento, deve estabelecer, através de lei escrita, como garantia fundamental, os exatos termos do exercício do seu direito de punir, descrevendo todos os requisitos do tipo penal, face ao princípio da taxatividade e a proibição do uso da analogia. O presente trabalho objetiva retratar as interpretações dadas à lei, seja pela doutrina ou jurisprudência, no que se refere à proteção da vida humana desde o seu início, dissecando o tipo penal intitulado aborto. No Estado Democrático de Direito, a pessoa humana deve ser protegida pelo Estado desde o primeiro momento de sua existência, direito e proteção de vida que pode ou não caminhar com a evolução e postulado da ciência biológica, mas que será sempre resguardada na interpretação da lei.

Palavras-Chave: aborto, vida, concepção.

ABSTRACT

Main theme of this thesis is the illicit abortion and its flowing. The research intends to show the initial moment of human life, main point for the act of stopping pregnancy before fetus birth date and it can be treated as a penal illegal since first human signs. Facing the legality commencement, wishing the State to avoid abortion practice, it should be established, through written law, as guaranteed fundamental, the exact terms of the right of punishing, describing all penal requisites, facing commencement and prohibition through analogy. This research intends to show laws interpretation, through doctrine or court decision, which refers to human life protection since its beginning, dissecting penal form named abortion. In the Democratic State of Law, human life must be protected by the State since the first moment of its existence, right and life protection that can or cannot follow evolution and biological science but that will be always defended in the law interpretation.

Keywords: abortion, live, conception.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ap.	apelação criminal
Art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
DIPO	Departamento de Inquéritos Policiais
DJ	Diário da Justiça
HC	habeas corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
JECRIM	Juizado Especial Criminal
n.	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.	página
RE	Recurso extraordinário
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
V.U.	votação unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I:	
ABORTAMENTO SOB A VISÃO DO DIREITO	5
1.1 Etmologia da palavra.....	5
1.2 Conceito	5
1.3 Evolução histórica.....	5
1.4 Conceito de crime	12
1.5 Abortamento na legislação estrangeira.....	15
CAPÍTULO II:	
ABORTAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	19
2.1 Abortamento no Código Penal Brasileiro.....	19
2.1.1 Bem jurídico tutelado	22
2.1.2 Sujeitos do delito	23
2.1.3 Forma qualificada e aumento de pena	25
2.1.4 Causas de justificação	26
2.1.5 Da consumação.....	30
2.1.6 Ação penal	31
2.2 Abortamento na Lei de Contravenção Penal	32
2.3 Abortamento na Consolidações das Leis do Trabalho (CLT).....	32
CAPÍTULO III:	
TIPOS DE ABORTAMENTO	33
3.1 Tipos de abortamento	33
3.2 Abortamento natural ou espontâneo	33
3.3 Abortamento provocado	34
3.3.1 Acidental.....	35

3.3.2	Necessário ou terapêutico	35
3.3.3	Humanitário ou sentimental	37
3.3.4	Criminoso	38
3.3.4.1	Autoabortamento e abortamento consentido	38
3.3.4.2	Abortamento provocado por terceiro sem o consentimento da gestante	39
3.3.4.3	Abortamento provocado por terceiro com o consentimento da gestante	40
3.3.4.4	Abortamento qualificado	42
3.3.4.5	Abortamento eugenésico	42
3.3.4.6	Abortamento econômico ou social.....	44
3.3.4.7	Abortamento <i>honoris causa</i>	44
3.3.4.8	Abortamento de feto anencéfalo.....	45

CAPÍTULO IV:

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	47
---	-----------

CAPÍTULO V:

VIDA HUMANA.....	50
5.1 Surgimento biológico da vida humana.....	50
5.1.1 Embrião humano.....	50
5.1.1.1 Definição	50
5.1.1.2 Visão biológica	51
5.1.1.3 Visão ontológica.....	52
5.1.1.4 Visão filosófica	52
5.1.1.5 Formação	54
5.2 Teorias sobre o início da vida humana.....	56
5.2.1 Perspectiva concepcional	56
5.2.2 Perspectiva biológico-evolutiva	58
5.2.3 Perspectiva relacional	60
5.3 Visão religiosa da vida humana	62
5.3.1 A Imaculada Conceção.....	67
5.4 A bioética e a vida humana.....	75

5.5 Proteção jurídica da vida humana	76
5.5.1 Proteção jurídica do embrião <i>in vitro</i>.....	80
5.5.2 O Supremo Tribunal Federal e o julgamento da Lei de Biossegurança	82
5.5.3 A dignidade da pessoa humana	87
5.5.4 A Constituição Federal, os Tratados e Pactos Internacionais e o valor supralegal declarado pelo STF.....	92
5.5.4.1 A inaplicabilidade dos argumentos da Lei de Biossegurança.....	95
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 101
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 106

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto de análise o abortamento, conduta dolosa prevista como criminosa por interromper a gestação humana fora dos casos permitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à vida é um direito fundamental. Existem outros direitos fundamentais que estão igualados entre si, e havendo conflito o intérprete não deverá abandonar completamente um direito fundamental para a aplicação absoluta de outro, assim como não deverá inclinar-se pela utilização daquele direito fundamental supostamente superior hierarquicamente, uma vez que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. O caso concreto servirá para o juízo de valores, deverá ser aplicado o princípio da razoabilidade e da harmonização, de forma a coordenar os bens jurídicos em colisão, evitando o sacrifício integral de um em relação ao outro.

De início, cumpre destacar que para resolver qualquer conflito que venha a existir entre direitos fundamentais, deve-se definir se esses direitos fundamentais estão estruturados e definidos como regras ou como princípios. As regras são normas que podem ou não ser cumpridas, são comandos definitivos que estabelecem quando a conduta é permitida, proibida ou ordenada. Havendo conflito entre regras, soluciona-se com a introdução de uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma delas. Já o princípio consiste em comando de otimização e podem ser cumpridas em diferentes graus, sendo que seu cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas, sendo que, em caso de conflito, um não anula o outro, mas sim cede em relação ao outro, o que não significa que o que cedeu será declarado inválido.

A vida humana por questões jurídicas, princípios e direitos fundamentais e humanos possui um grau de proteção maior, inserindo-se no ordenamento jurídico com maior punição a sua violação. Contudo, a valoração do direito à vida está subligado ao direito da dignidade da pessoa humana, no qual devemos observar que ocorrendo conflito entre o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana, deve-se aplicar o critério da ponderação de interesses e utilizar o princípio de maior peso no caso concreto, o que não

significa que um anulará o outro, pois o conflito entre princípios é solucionado na dimensão do valor e não da validade, como ocorre entre conflito de regras.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 1º, III, cita como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Diante disso, as demais disposições existentes na Carta Magna e as demais disposições normativas que dela provenham apenas podem ser entendidas, interpretadas e aplicadas à luz da dignidade da pessoa humana.

O anteprojeto do Código Penal publicado na íntegra no Diário Oficial da União em 25 de março de 1998 traz entre outras mudanças em várias tipificações, o abrandamento da pena para mulheres que fizerem aborto não permitido pela lei. O texto reduz de um a três anos de detenção para um a nove meses a pena para abortos provocados. O juiz poderá até deixar de aplicar a pena. O anteprojeto também amplia os casos de aborto legal, hoje limitados a mulheres com risco de morte ou vítimas de estupro. Será considerado aborto legal a interrupção da gravidez quando o feto apresentar deformações que tornem a vida inviável. Atualmente, a mulher grávida de um feto com anencefalia (sem cérebro) precisa aguardar tempo demorado em Juízo para abortar, apesar de a ciência comprovar que a criança tem uma sobrevivência de no máximo cinco dias. O aborto continuará sendo uma infração penal, mas a interrupção da gravidez em caso de violência física ou fraude não vai ser considerada delito. O projeto autoriza o aborto, além dos casos já previstos na lei (estupro e risco de morte para a mãe), em situações comprovadas de grave risco de saúde para a mãe, quando a gravidez for resultado de agressão física ou moral e quando não houver possibilidade de sobrevivência do feto.

Extraí-se do Anteprojeto a relevância dos bens jurídicos, conforme já exposto, quando do conflito entre eles verificar-se-á a razoabilidade, pois não há hierarquia. Para o legislador a vida humana não será ceifada gratuitamente, mas será preservada e tutelada com todas as garantias fundamentais e principalmente proporcionando ao ser, dignidade.

Haja vista a amplitude do tema, o enfoque será predominantemente jurídico, referindo-se à proteção sobre a vida humana desde o seu início. Sendo o princípio da legalidade a viga mestra de todo o

ordenamento jurídico e que representa a garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado e instrumento de segurança jurídica, uma vez que limita o poder punitivo, a vida humana deve ser taxativamente delimitada para o alcance do Direito Penal.

Assim, a abordagem aqui tratada levará em conta, ainda que de forma não aprofundada, os aspectos éticos, morais e religiosos do abortamento, mas procurar-se-á dar ênfase aos aspectos jurídicos diante de uma perspectiva de fazer prevalecer o princípio maior que é o da dignidade da pessoa humana.

A idéia central do trabalho é procurar demonstrar quando tem início a proteção da vida humana para análise do crime de abortamento no ordenamento jurídico pátrio. O tema tem sua relevância diante da necessidade de uma reflexão dentro de um Estado Democrático de Direito e na medida em que a presente dissertação buscará fazer prevalecer o direito à vida, independente de seu estágio de desenvolvimento.

Para a realização deste trabalho, partir-se-á da tipificação do crime de abortamento desde sua etimologia e evolução histórica, além da análise de sua tipicidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Trabalhar-se-á o abortamento desde a antiguidade até chegar às suas projeções contemporâneas, quando passa a constituir exigência do Estado Democrático de Direito a declaração, pela Suprema Corte, da definição de vida humana no mundo jurídico e sociedade denominada por alguns autores como pós-moderna.

Para a realização do proposto, o trabalho será dividido em capítulos, sendo composto de subitens.

No capítulo 1, procurar-se-á demonstrar a origem do abortamento e sua evolução frente ao poder punitivo estatal, apontando aspectos na legislação estrangeira.

No capítulo 2, discorrer-se-á sobre a tipicidade do abortamento frente ao Código Penal Brasileiro, além da previsão do assunto abortamento em outros ramos do ordenamento jurídico brasileiro.

No capítulo 3, apontar-se-ão os principais tipos de abortamento.

Finalmente, no capítulo 4, tratar-se-á do abortamento a partir do surgimento biológico da vida humana, bem como as principais teorias sobre o

início de sua proteção, trazendo-se também pontos da decisão da mais alta Casa de Justiça do país quanto ao reconhecimento do assunto, bem como a interpretação dos tratados internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico interno. Como o tipo penal previsto no Código Penal não traz expressamente qual o momento de início da proteção da vida humana, ter-se-á como paradigma o julgamento da lei de biossegurança, procurando-se demonstrar se houve acerto quanto aos argumentos utilizados na decisão pelo STF que influenciou também na discussão existente no Código Penal.

CAPÍTULO I

ABORTAMENTO SOB A VISÃO DO DIREITO

1.1 Etimologia da palavra

Apesar de não constar definição na lei penal, aborto é o mesmo que privação do nascimento.

Etimologicamente, no latim, "privação" é ab e "nascimento", *ortus*, e foi dessa composição que surgiu a palavra "aborto"¹.

No rigor etimológico, aborto significa o produto da concepção morto ou expelido e abortamento, o ato de abortar. Entretanto, essas palavras vêm sendo utilizadas pela doutrina sem distinção, motivo pelo qual serão utilizadas no presente trabalho.

1.2 Conceito

Quanto ao conceito de aborto, "... é a cessação da gravidez, antes do termo normal, causando a morte do feto".²

Para Noronha, o conceito de aborto não é um consenso entre os juristas e médicos. Muitos opinam que se deve dizer abortamento, reservando-se o vocábulo aborto para designar o produto morto ou expelido³.

1.3 Evolução histórica

Desde a antiguidade, têm-se notícias da prática do aborto ou do abandono de recém-nascidos portadores de anomalias físicas.

¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 2.: parte especial; Dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 119.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 6. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 544.

³ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 2. atual. Alberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 54.

Na Grécia Antiga, difundia-se a prática do aborto em todos os níveis ou camadas sociais, não obstante o juramento de Hipócrates, que vedava a administração de qualquer substância abortiva (*a nenhuma mulher darei substância abortiva*). A vedação era direcionada aos médicos, cuja conduta abortiva representava um dos crimes mais graves. Pierangeli⁴ sustenta que Aristóteles se mostrou contrário ao aborto, mas no livro sétimo de sua Política admitiu sua prática quando o número de cidadãos se tornava excessivo, mas desde que a gravidez resultasse de ato criminoso e ainda possuísse autorização judicial, posição seguida por Platão.

Com referência aos nascidos com algum tipo de deformidade física, recomendava-se que fossem abandonados no alto de uma montanha logo após o nascimento. Na opinião de Platão e Aristóteles, a morte dos bebês deformados deveria ser imposta pelo Estado. Licurgo e Sólon compartilhavam do mesmo entendimento. Segundo Hungria⁵ “acreditavam que era melhor por fim a uma vida que começara inauspiciosamente do que tentar prolongá-la, com todos os problemas que ela poderia acarretar”.

Platão com uma postura mais severa indicava o aborto para toda mulher que ficasse grávida após os 40 anos. Na República, declara que estabelecerá “uma medicina e uma jurisprudência que se limitem ao cuidado dos que receberam da natureza corpo são e alma famosa; e pelo que toca aos que receberam corpo mal organizado, deixá-los morrer e que sejam castigados com pena de morte os de alma incorrigível”.

Em Esparta, com o argumento de que o povo deveria contar com maior número de atletas e de guerreiros para a glória e segurança do Estado, a prática do aborto era proibida. Porém, se a criança viesse a apresentar alguma deformação, o tratamento seria outro. Motivados pelo forte espírito de guerra presente na mentalidade daquele povo, em que o interesse da coletividade se sobrepunha aos laços familiares (*salus populi, suprema lex*), era vexatório para família possuir um filho que não pudesse servir ao Estado.

⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 108.

⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p.233. No mesmo sentido: Pierangeli, Ibid., p. 8.

Já no direito romano, o feto era considerado parte das vísceras da mulher, ou seja, *mulieris pars vel viscerum*. Pierangeli⁶ sustenta que a prática do aborto era considerada uma grave imoralidade entre os romanos, sendo permitida tão-somente ao marido em relação à sua mulher, sua incriminação não ocorreu nem na República como também não ocorreu no início do Império. No início do Império, por ser entendido o feto como parte do corpo da gestante, reconhecia-se à mulher o direito de dispor livremente do próprio corpo (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*), que ficava impune o aborto, salvo quando violasse a vontade do marido. Sustenta ainda o referido autor que, na Roma Antiga, o aborto era considerado “*um fato de pouca significação e um delito de escasso relevo, cujo cometimento afetava mais os interesses individuais do que os sociais, ou seja, protegiam-se a saúde e a integridade física da gestante e não a vida do feto*”.

Contudo, durante o reinado do imperador Septimus Severus (193 – 211 d.C), o aborto deixou de ser considerado uma lesão à saúde e a integridade física da gestante, passando a ser considerado lesão ao direito de paternidade, frustrando-se as expectativas paternas quanto a sua descendência. Assim, o aborto próprio ou consentido seria punido somente quando a gestante fosse casada, mas não para proteger o feto, e sim o direito do marido à sua descendência. Pierangeli⁷ afirma que esta concepção individualista decorre da organização social e econômica dos romanos, de seu direito em geral e do seu sistema penal em particular. Ainda que submetido a algumas modificações, esta concepção individualista foi remetida aos práticos e às legislações medievais. Não obstante, com relação aos nascidos sem aparência humana e sob o pretexto de não serem pessoas, eram precipitados de penhascos logo após o nascimento⁸.

Também os egípcios e os hebreus tratavam o autoaborto e o aborto consentido com impunidade e a interrupção da gravidez era prática comum, sendo na maioria para “elidir as dores e perigos do parto, para evitar os desgostos e as obrigações da mãe no aleitamento, ou a multiplicação da

⁶ PIERANGELI, José Henrique,. Ibid., p.108.

⁷ Ibid.

⁸ MATIELO, Fabrício Zamprona. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra, DC Luzzatto, 1994, p. 62.

prole”⁹. Ao lado disso, na Índia, os brahmanes tinham o costume de matar ou abandonar na selva os recém-nascidos que lhes pareciam de má índole¹⁰.

No Brasil, conforme Mammana¹¹, “os índios não só matavam as crianças recém-nascidas com sinais de doença ou que tivessem algum defeito físico, mas também os gêmeos, os ilegítimos e os adultos portadores de moléstias incuráveis”.

Com a influência do Cristianismo, as práticas relacionadas ao aborto e ao abandono dos recém-nascidos deformados foram desaparecendo. Luiz Regis Prado¹² assinala que a legislação sobre o aborto, no antigo direito romano, foi reformulada pelos imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, equiparando sua prática ao homicídio.

Entendia-se que a vida iniciava no momento da concepção, e que não havia distinção entre um feto e um ser humano já nascido. A vida a ser tutelada era a mesma e merecedora de tratamento igualitário. Neste diapasão, foi o Cristianismo que atrelou a figura do aborto ao homicídio, quando considerou o feto criatura de Deus, uma esperança de vida humana que deveria ser protegida pela religião, pela moral e pelo direito.¹³

Pierangeli¹⁴ ainda menciona que já na Idade Média as legislações conferiam tratamento diverso e penas diferentes, de acordo com o período gestacional em que se encontrava o feto.

No entanto, os primeiros seis séculos do cristianismo visava punir o adultério ao invés de resguardar a vida do feto. Conforme a Doutora em Ciências Sociais Maria José Rosado-Nunes¹⁵, a preocupação da Igreja e do Estado era a constituição do casamento monogâmico. No Império, estabeleceram-se leis que desencorajavam o concubinato. O primeiro Concílio do Ocidente no século IV, antes mesmo da oficialização do cristianismo por Constantino – o Concílio de Elvira – estabeleceu penas religiosas severíssimas para as transgressões à fidelidade conjugal. As penas eram mais duras para os

⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Ibid.*, p. 109.

¹⁰ MAMMANA, Caetano Zamitti. **O aborto ante o direito, a medicina, a moral e a religião**. v. 2. São Paulo: Letras Editora, 1969, p. 341.

¹¹ *Ibid.*, p. 343.

¹² PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 103.

¹³ HUNGRIA, Nelson. *Ibid.*, p. 233.

¹⁴ PIERANGELI, José Henrique. *Ibid.*, p.109

¹⁵ NUNES, Maria José F. Rosado. **A discussão atual da Igreja Católica sobre o aborto**. Disponível em: <www.catolicasporelderechoadecidir.org/abortos>. Acesso em: set 2009.

casos de adultério do que para os de homicídio, e a afirmação do casamento monogâmico como única união legítima era mais importante como fundamento social do que a proteção da vida.

Para que houvesse punição, cumpria determinar o momento em que o feto tornar-se-ia pessoa, sendo este o marco para configurar um homicídio, e, também, pecado. Com apoio na doutrina aristotélica de que o feto passava a ter alma a partir de 40 ou 80 dias após a concepção, caso fosse do sexo masculino ou feminino, respectivamente, o direito canônico fazia a distinção entre feto animado e inanimado. Conforme é destacado por Heleno Cláudio Fragoso¹⁶, referida distinção foi repudiada por S. Basílio (374 DC), porém São Jerônimo e Santo Agostinho a mantiveram, o que também foi seguido pelo *Decretum de Graciano* (1140) e as Decretais do papa Gregório IX (1234). Por sua vez, em 1588, o Papa Sixto V estipulou que as mesmas penas canônicas e seculares deveriam ser aplicadas para o aborto e o homicídio, independente da idade do feto. Esta distinção foi retomada com a Constituição Apostólica Sedes, em 1591, do Papa Gregório XIX, a qual atenuou as penas eclesiásticas, restringindo-as ao feto animado. Contudo, foi somente no pontificado de Pio IX (1869) que foi abolida a distinção entre feto animado e inanimado, atribuindo-se as mesmas penas em qualquer caso.

Assim, percebe-se que durante 18 séculos não houve consenso entre os cristãos acerca do momento em que o aborto seria punível, ficando claro que a definição do início da vida se tratava mais de um ato de fé do que uma constatação científica. Porém, no Iluminismo, embora mantida o rigor das penas para o crime de aborto, afastou-se a igualdade entre sua pena e a do homicídio, atenuando-se a pena da gestante, havendo inclusive a indicação do motivo de honra.

No Brasil, a primeira legislação que fez menção ao abortamento foi o Código Criminal do Império de 1830, inserido no capítulo referente aos crimes contra a segurança da pessoa e da vida. A prática do aborto não tinha punição quando praticado pela própria gestante, a exemplo do Código Francês de 1791. Assim, o aborto seria punível apenas quando executado por terceiro,

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial*. 3 ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 122.

com ou sem o consentimento da gestante. Outrossim, também era sancionado o fornecimento de meios abortivos, ainda que não fosse realizado o aborto¹⁷.

O ordenamento jurídico penal da época tratava do aborto em seu capítulo referente aos Crimes contra a Segurança da Pessoa e da Vida, mais especificamente nos artigos 199 e 200, os quais são transcritos:

Art.199 – Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas – de prisão com trabalho por um a cinco anos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada. Penas - dobradas."

Art. 200 – Fornecer com conhecimento de causa drogas ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique. Penas – de prisão com trabalhos por dous ou seis annos. Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião ou praticante de taes artes. Penas - dobradas.

Pela redação dos artigos supracitados, nota-se que a prática do autoaborto não era considerado crime, ou seja, a mulher que praticava o aborto em si mesma não era punida. Logo, o crime de aborto só existia, quando praticado por terceiros com ou sem o consentimento da gestante, no qual o bem jurídico tutelado era a segurança da pessoa, no caso a mulher, e não a vida do feto.

Já o Código Penal Republicano de 1890 fez distinção entre aborto com e sem a expulsão do feto, cominando ao primeiro pena mais grave. Luiz Regis Prado¹⁸ assevera que:

as penas eram igualmente aumentadas se do aborto ou dos meios empregados para realizá-lo resultasse a morte da mulher. O auto-aborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se praticado com o fim de ocultar desonra própria.

¹⁷ PRADO, Luis Regis. Ibid., p.105.

¹⁸ Ibid., p. 105-106.

Ao mesmo tempo, o Código Republicano foi o precursor das indicações ao aborto legal e necessário, quando não houvesse outro meio para salvar a vida da gestante¹⁹.

No Título X – Dos Crimes Contra a Segurança da Pessoa e Vida, ampliou-se a imputabilidade dos crimes de aborto, punindo a mulher que praticasse o autoaborto. Agora, neste diploma de 1890, o que estava em jogo não era mais a segurança da pessoa, como no Código do Império, mas sim a honra da mulher. Conforme os artigos 300 a 302, o bem jurídico tutelado também não é a vida do feto.

O aborto foi tipificado nos artigos 300 a 302, com a seguinte redação:

Art. 300. Provocar aborto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso : — pena de prisão cellualar por dous a seis annos.

No segundo caso : — pena de prisão cellualar por seis mezes a um anno.

§ 1. Si em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocaí-o seguirse a morte da mulher:

Pena — de prisão cellualar de seis a 24 annos.

§ 2. Si o aborto for provocado por médico, ou parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena — a mesma precedentemente estabelecida, e a privação do exercício da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar aborto com annuencia e accòrdo da gestante:

Pena — de prisão cellualar por um a cinco annos

Paragrapho único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com reduccão da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonna própria.

Art. 302. Si o medico ou parteira, praticando o aborto legal, ou aborto necessário, para salvar a gestante da morte inevitável, occasionar-lhe a morte por imperícia ou negligencia :

Penas— de prisão cellualar por dois mezes a dous annos, e privação do exercício da profissão por igual tempo ao da condemnação

Atualmente, encontra-se em vigor o Código Penal datado de 1940, o qual tipifica o delito de aborto no Título I (Dos Crimes contra a Pessoa),

¹⁹ PAIXÃO, Ivan. **Aborto: aspectos da legislação brasileira**. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Org.). Em defesa da vida: aborto e direitos humanos. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir – CDD, 2006, p. 205.

especificamente no capítulo I, que trata dos crimes contra a vida. Exceto quando se tratar de gestação decorrente de estupro ou nas hipóteses em que seja o recurso necessário para salvar a vida da mãe, o aborto é punível com as penas tipificadas nos artigos 124 a 127, do CP, o que será exposto em capítulo próprio.

1.4 Conceito de crime

A palavra crime deriva do latim “*crimen*” (acusação, queixa, agravo, injúria). Em acepção vulgar, significa toda ação cometida com dolo, ou infração contrária aos costumes, à moral e à lei, que é igualmente punida, ou que é reprovada pela consciência. Ou seja, viola uma norma moral.

Extensão da palavra crime nas palavras de Guilherme de Souza Nucci²⁰: “por força da palavra crime em vez de infração penal, que seria gênero, da qual são extraídas as espécies crime e contravenção penal”.

O conceito de crime abarca vários sentidos: na acepção sociológica, crime é o fato que contrasta com os valores sociais. No prisma jurídico, o crime pode ser conceituado sob três aspectos: formal, material e analítico.

O conceito formal não se preocupa com o aspecto ontológico, nem em sublinhar os elementos essenciais do delito; é definição fornecida pelo legislador, variando, por isso, conforme a lei a que o define.

Leciona Guilherme de Souza Nucci²¹ sob o prisma formal que “é a percepção do direito acerca do delito, no qual a lei proíbe a conduta, sob advertência de aplicação de pena, numa visão legislativa do acontecimento”.

No Brasil, o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal apresenta a seguinte definição:

considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, infração

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 43.

²¹ *Ibid.*, p. 91.

penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Sob o aspecto material ou substancial, crime é o fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos penalmente protegidos.

Em outras palavras, é a definição real que procura estabelecer o conteúdo do fato punível, neste caso crime é uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um bem jurídico individual ou coletivo.

Ainda sobre este aspecto material, Guilherme de Souza Nucci afirma que “é a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, ameaçada de pena”. Ainda, o mesmo jurista, menciona o ensinamento de Roxin “o conceito material de crime é prévio ao código penal e fornece ao legislador um critério político criminal sobre o que o Direito Penal deve punir e o que deve deixar impune”.²²

Na apreciação analítica de crime destacam-se os seus valores essenciais, variando as opiniões a respeito da composição dos elementos ou características ou requisitos estruturais de sua definição.

O crime é um fato típico (conduta, resultado, nexa, tipicidade), antijurídico e culpável (imputabilidade, potencial consciência, inexigibilidade de conduta diversa). Estes três fatores serão, em curtas linhas, abordados logo a seguir.

Buscaremos nas instruções de Guilherme de Souza Nucci a compreensão do exame analítico do crime:

Analítico é a concepção da ciência do direito que não difere, na essência, do conceito formal. Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito.²³

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 91.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 91.

De primeiro, o mesmo autor elucida o conceito de tipicidade: “*É a adequação do fato ao tipo penal*”. Tipicidade é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concretos (fatos do mundo real) e abstrato (fato do mundo abstrato). Há, ainda a denominação tipicidade por extensão, que é a aplicação conjunta do tipo penal incriminador, previsto na parte especial do código penal, como uma norma de extensão, prevista na parte geral.

Adiante, o conceito de Culpabilidade: “Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e exigibilidade de atuar de outro modo (conceito finalista)”.

Nas palavras de Luis Regis Prado a culpabilidade

é a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão atípica e ilícita. Assim, não há culpabilidade sem tipicidade e ilicitude, embora possa existir ação típica e ilícita inculpável. Ainda, o mesmo jurista citando Hans Welzel, adita que culpabilidade [...] é um juízo de censura ou de reprovação pessoal endereçado ao agente por não ter agido conforme a norma, quando podia fazê-lo (poder do agente/resolução de vontade).²⁴

Finalmente, o conceito de ilicitude (antijuridicidade):

É a contrariedade de uma conduta com o Direito, causando lesão a um bem jurídico protegido. Trata-se de um prisma que leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade (contrariedade da conduta com o direito) bem como o seu lado material (causando lesão a um bem jurídico tutelado)²⁵

Na compreensão dos juristas Zaffaroni e Pierangeli, “a antijuridicidade é una, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica”.

²⁴ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 263.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 159.

Abrevia Luis Regis Prado: “a *ilicitude* é um juízo de desvalor sobre um fato típico”.

Importante registrar que a concepção analítica - ou seja, a concepção da ciência do direito - do crime, não abarca uma corrente doutrinária unânime. No entanto, no Brasil e no exterior, acredita-se ser o crime um fato típico, antijurídico e culpável.

Registre-se, ainda, que a definição de crime distingue-se da de contravenção. Assim, elucida Guilherme de Souza Nucci²⁶:

O Direito Penal estabeleceu diferenças entre crime (ou delito) e contravenção penal, espécies de infração penal. Entretanto essa diferença não é ontológica ou essencial, situando-se, tão-somente no campo da pena. Os crimes sujeitam seus autores a pena de reclusão e detenção, enquanto as contravenções, no máximo implicam em prisão simples. [...] Além disso, aos crimes cominam-se penas privativas de liberdade isolada, alternativa ou cumulativamente, com multa, enquanto para as contravenções penais admite-se a possibilidade de fixação unicamente da multa (o que não ocorre com os crimes)...

1.5 Abortamento na legislação estrangeira

Alguns países adotaram o sistema no qual a interrupção da gravidez estará ou não condicionada a um prazo, isto é, será o número de semanas de gestação que determinará ser lícito interromper a gravidez ou não, isto coincidindo com recomendações médicas, psicológicas, sociais ou econômicas, dependendo das leis vigentes naquele país, que em relação ao aborto, pode ser menos ou mais restritiva.

Na Holanda e nos Estados Unidos, a Suprema Corte Americana já assentou o entendimento em favor do direito de opção da mulher.

Austrália, Finlândia, Inglaterra, Japão e Taiwan, o aborto é virtualmente permitido pela simples decisão da gestante. E finalmente, as leis menos restritivas dizem respeito aos países onde o aborto é permitido pela simples opção da gestante. É o caso de alguns dos países mais populosos do

²⁶ Ibid., p. 124.

mundo – China, Rússia, países da antiga União Soviética, Estados Unidos e determinados países da Europa. Nos países muçumanos, de uma maneira geral, além da África e a América Latina, contam com poucas indicações de abortos legais, excetuados apenas os casos de estupro e risco de morte materna.

Em muitos desses países ocorre uma combinação de indicações e prazos para autorizar a interrupção voluntária da gravidez. Com relação ao prazo, na sua maioria até 12 semanas: Alemanha; Áustria; Bulgária; Dinamarca; Eslováquia; França; Estados Unidos; Holanda até 13 semanas; Romênia; Suécia até 18 semanas, Turquia até 10 semanas.

Caracterizando risco de morte ou da saúde mental da gestante, do feto ou lesão desses, autoriza a interrupção: Alemanha, África do Sul, Bélgica, Bulgária, Canadá, Dinamarca, Espanha, França (nos primeiros três meses de gestação pelo abalo a saúde mental da mulher), Gana, Reino Unido, Grécia, Holanda, Índia, Israel, Itália, Luxemburgo, Portugal, Turquia. Na Suíça e no Peru devesse haver perigo para a saúde psíquica da gestante²⁷.

Na Espanha, permite-se nos casos de grave risco de morte ou da saúde física ou psíquica da gestante, podendo ser realizado a qualquer momento. Sendo decorrente de estupro, a interrupção poderá ocorrer até as 12 primeiras semanas. Presumindo-se que o feto nascerá com grave doença física ou psíquica, deverá ocorrer dentro das vinte e duas primeiras semanas de gestação, com consentimento expresso da gestante e de mais dois médicos especialistas.

Na França, a primeira legislação sobre o assunto de 1975 teve vigência por cinco anos, sendo ratificada em 1979 e modificada em 2001. Durante as 12 primeiras semanas de gestação, a pedido da gestante, a gravidez poderá ser interrompida, ou, a qualquer tempo, quando haja risco à sua vida ou saúde ou exista probabilidade de o feto sofrer doença grave e incurável.

Na Holanda, poderá ser realizada durante as treze primeiras semanas de gestação, sem qualquer indicação, e até a 24ª semana, no caso da gestação lhe causar forte angústia. Um médico sempre deverá assegurar

²⁷ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil*. In: _ aborto pela anomalia fetal. Brasília, Ed Letras Júris, 2003, p. 96.

que a decisão foi tomada livremente. Para menores de 18 anos, exige-se a autorização dos pais, e cinco dias de carência entre a decisão e a interrupção.

No Reino Unido, o aborto é permitido durante as 24 primeiras semanas, desde que por razões sociais, sócio-médicas, sócio-econômicas ou no caso de risco de lesões severas para a vida da gestante. Se for realizada em hospital público, não haverá custo para paciente. Sendo a gestante menor de 16 anos, deverá ser precedida do consentimento de dois médicos e da autorização dos pais.

Na Grécia, ocorrendo por razões médico-psicológicas, deverá ser executada nas 20 primeiras semanas. Se for motivada pela deformação do feto, deverá ocorrer nas primeiras 24 semanas. Exige-se o consentimento dos pais, se a mãe for menor.

Em Portugal, com a reforma do Código Penal, em 1997, tratando-se de grave doença ou má-formação congênita, o prazo é de 24 semanas de gestação. Se for para preservar a vida ou a saúde física ou psíquica da mãe, deverá ocorrer nas 12 primeiras semanas de gravidez. O médico que indicar a interrupção, por meio de prévio atestado, não deverá conduzir a operação.

Na Itália, após a Corte Constitucional ter declarado em 1975 a inconstitucionalidade parcial do art. 546 do Código Penal italiano, o qual punia indistintamente o aborto, foi em 1978 editada uma lei que regulamentou detalhadamente a interrupção da gravidez. Durante os primeiros noventa dias de gestação, a gestante poderá solicitar a realização do aborto nas hipóteses em que sua saúde física ou psíquica esteja em risco; comprometimento das suas condições econômicas, sociais ou familiares; em razão das circunstâncias em que ocorreu a concepção; ou nas hipóteses de má-formação fetal. Excetuando-se os casos de urgência, a legislação previu um intervalo mínimo de sete dias entre a data da solicitação do aborto e sua efetiva realização, de modo que seja assegurado o tempo mínimo necessário para reflexão da gestante. Por outro lado, caso a gravidez ou parto importe em grave risco de vida para a gestante, ou quando se verifiquem processos patológicos ou anomalias fetais graves que impliquem em grave perigo à saúde física ou psíquica da mulher, a realização do aborto poderá ocorrer a qualquer tempo.²⁸

²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 122-123.

Como se nota, o que diferencia o procedimento de um país em relação a outro é o prazo para interromper e as indicações, que podem ser mais abrangentes, restritivas ou até totalmente liberais.

CAPÍTULO II

ABORTAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1 Abortamento no Código Penal Brasileiro

O Código Penal Brasileiro, de 1940, tipificou o crime de aborto no Título I, Capítulo I, Dos Crimes Contra Vida. Os artigos. 124, 125, 126, 127 e 128, tratam, respectivamente, do autoaborto, aborto provocado por terceiro sem consentimento da gestante, provocado por terceiro com consentimento da gestante, da forma qualificada, do aborto necessário (para salvar a vida da gestante) e em caso de gravidez resultante de violência sexual (aborto sentimental). As duas hipóteses permissivas sobre prática de aborto previstas no artigo 128 são exceções em que o aborto pode ser realizado por médico sem aplicação de sanção penal. Desta forma, a legislação penal em vigor assim dispõe:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com consentimento da gestante:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

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.

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Para a caracterização do crime de aborto, neste momento do presente trabalho, não se procurará diferenciar óvulo fecundado de embrião ou feto, uma vez que basta a interrupção da gestação, independentemente do estágio em que se encontrar.

Inobstante, o abortamento somente será punível em se tratando de uma gravidez normal. Paulo José da Costa Junior²⁹, no mesmo diapasão de outros criminalistas, menciona que:

para que se configure o abortamento, a gravidez deverá ser normal. A interrupção da gravidez extra-uterina (no ovário, fímbria, trompas ou na parede uterina) ou a da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram o aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.

Neste diapasão, só há interesse penal tratando-se do aborto legal ou criminoso. Não há interesse penal tratando-se de aborto natural, ou seja, quando há a interrupção da gestação de forma espontânea, uma vez que decorre de um processo fisiológico. Ainda, há o aborto acidental, que se apresenta como consequência de um acidente como uma queda de uma escada.

Conforme o estágio de desenvolvimento do produto da concepção, o aborto se distingue em ovular, se praticado nos dois primeiros meses de gestação; embrionário, no terceiro ou quarto mês de gestação; e fetal, quando praticado do quinto mês em diante³⁰.

A conduta que será incriminada será a de provocar, o que tem significado de dar causa a, originar, promover. Por tratar-se de um crime de forma livre, será indiferente o meio executivo empregado na prática do ilícito, desde que seja capaz de produzir o resultado. Para se aferir a potencialidade ou idoneidade do meio empregado, depender-se-á de exame de corpo de delito

²⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**, 8 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2008, p. 390.

³⁰ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 111.

tanto da mulher e, se necessário, do produto da concepção, conforme artigos 158 e 564, III, 'b' do Código de Processo Penal.

Excepcionalmente, admitir-se-á exame indireto para a comprovação do ilícito de aborto. Nesse sentido:

A prova da gravidez e de que o aborto foi provocado é assunto médico-legal, normalmente esclarecido no laudo pericial, uma eventual deficiência não impedirá a pronúncia e até mesmo a condenação do acusado, desde que apoiada noutros elementos persuasivos da materialidade do crime (TJSP, HC 280.904-3, Cafelândia, 4ª C., rel. Haroldo Luz, 27.04.1999, v.u., JUBI 35/99).³¹

O crime de aborto somente é possível na forma dolosa, seja direto ou eventual. Não é possível na forma culposa, nos termos do artigo 18, parágrafo único do Código Penal. Porém, se um terceiro culposamente provocar o aborto, responderá por lesão corporal culposa.

Fernando Capez assim se manifesta³²:

É o dolo, direto ou eventual, na primeira hipótese e a vontade livre e consciente de interromper a gravidez, causando a morte do produto da concepção. Na segunda hipótese, há apenas a assunção do risco do resultado. Não se admite a modalidade culposa. A conduta do terceiro que, culposamente, dá causa ao aborto, dirá com o delito de lesão corporal culposa, em que a vítima será a gestante. Finalmente a conduta da mulher que provoca a morte do feto é fato atípico, pois não se pune a autolesão.

Neste diapasão o Julio Fabbrini Mirabete³³ afirma que não há crime de aborto culposo e, assim, a imprudência de mulher grávida que causa o aborto, responde por lesão corporal culposa.

Na agressão dirigida à mulher grávida, onde o agente conhece essa circunstância e, ainda assim, assume eventual morte do feto como

³¹ TJSP, HC 280.904-3, Cafelândia, 4ª C., rel. Haroldo Luz, 27.04.1999, v.u., JUBI 35/99 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 551.

³² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. II, Parte Geral. 6 ed.. São Paulo: Saraiva, 2003 p. 112.

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, v. 2: parte especial, arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. ver. e atual. até 31 de dezembro de 2006 – 2 reimpr. São Paulo: 2007, p. 69.

resultado de sua conduta, dá lugar ao concurso formal de delitos, regra do artigo 70 do Código Penal.

Porém, se o agente queria apenas lesar a integridade física da mulher, cuja gravidez conhecia ou não podia desconhecer, e da violência resulta o aborto, tem-se a incidência do artigo 129, parágrafo 2, inciso V do Código Penal. Caso haja morte da gestante onde também haja conhecimento da gravidez, haverá concurso formal entre homicídio e aborto sem consentimento.

2.1.1 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico tutelado pelos artigos 124, 125 e 126 do Código Penal é a vida do ser humano em formação, independente de seu estágio. Para parte da doutrina, protege-se a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se normalmente e nascer³⁴.

O Código Penal assim como a Constituição Federal não definem o momento exato do início de proteção da vida humana, porém ambos tutelam a mesma de forma igualitária, cabendo à doutrina e às ciências médicas e biológicas a definição do início da vida, bem como de sua proteção jurídica. Como já exposto, existem duas correntes de cunho jurídico, sem que uma considere o início da proteção da vida no momento da concepção e a outra no momento da nidação (fixação do óvulo fecundado na parede do útero materno), porém ambas protegem a vida. O tema será explanado adiante nos tópicos sobre o início da vida de forma mais aprofundada.

2.1.2 Sujeitos do delito

O Código Penal, como mencionado, contempla cinco modalidades de abortamento, quais sejam: autoaborto (art.124, primeira parte, CP),

³⁴ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 108.

consentido (art. 124, segunda parte), não consentido (art. 125, CP), necessário ou terapêutico (art. 128, I, CP) e sentimental (art. 128, II, do CP).

Os sujeitos das causas de justificação, previstos no artigo 128 do Código Penal, serão tratados em capítulo próprio.

Para que se amolde ao autoaborto, primeira parte do artigo 124 do CP, torna-se necessário que os atos executórios do delito sejam realizados pela própria gestante, sem qualquer auxílio de terceiro. Trata-se de crime próprio no qual somente a gestante poderá ser autora. Não obstante, “o terceiro que contribuir para o auto-aborto, fornecendo o instrumental necessário ou auxiliando diretamente nas práticas abortivas, responderá pelo mesmo crime”.³⁵

Luis Regis Prado³⁶ esclarece não ser possível co-autoria, mas somente participação no auto-aborto. O terceiro que realiza aborto consentido pela gestante é autor do delito previsto no artigo 126. A distinção reside no fato de participe que induz, instiga ou auxilia a própria gestante a realizar o aborto em si mesma ou a consentir que outrem o faça, respondendo pela participação no delito do artigo 124; porém, se concorre de qualquer modo para a provocação do aborto por terceira pessoa, responderá como participe do crime do artigo 126 do Código Penal.

No aborto consentido são co-autores a gestante e o terceiro. Imprescindível é o consentimento válido da mulher para que alguém realize o aborto. Costa Junior.³⁷ sustenta que a gestante não se limita a tolerar a prática abortiva, mas coopera com ela. “A mulher não permanece inerte, pois exercita os movimentos necessários e se coloca em posição ginecológica”. Cumpre lembrar que o consentimento da mulher é parte integrante do tipo. Uma vez que a gestante não possui disponibilidade sobre a vida do feto, torna-se sem efeito sua autorização, mesmo expressa, o que funciona apenas para uma adequação típica menos severa do que em relação ao terceiro (at. 126, CP) e não para uma forma mais grave (art. 125).

³⁵ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Ibid., p. 390.

³⁶ PRADO, Luis Regis. Ibid., p. 117.

³⁷ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Ibid., p. 390.

No entanto, cumpre trazer Luis Regis Prado³⁸ que sustenta que o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, expresso ou tácito, desde que inequívoco, responderá aquele pelo delito previsto no artigo 126, enquanto esta incorrerá nas penas do artigo 124, 2ª parte, do Código Penal (aborto consentido).

O sujeito passivo será o ser humano em formação, titular do bem jurídico vida. Procura resguardar-se a vida intrauterina, de modo que o produto da concepção é protegido nas várias etapas de seu desenvolvimento.³⁹

Casos sejam vários os fetos, a morte dada a eles conduz ao concurso de delitos.

A mãe somente será sujeito passivo quando se atente também contra sua liberdade (aborto não consentido) ou contra a sua vida ou integridade pessoal (aborto qualificado pelo resultado), como bens jurídicos mediatos. Nos demais casos (autoaborto/aborto consentido/aborto consensual), porém, não será a mulher, a um só tempo, sujeito ativo e passivo, pois não há crime na autolesão⁴⁰.

Na contramão da doutrina majoritária, sustenta Luis Regis Prado⁴¹ que o Estado ou a comunidade não são sujeitos passivos do delito de aborto, uma vez que este entende que a vida, seja dependente ou independente, não é um bem jurídico coletivo, mas individual por excelência. Aduz que o interesse social também existe com relação à maioria dos demais bens jurídicos penalmente tutelados, ainda que de cunho individual, o que não justificaria que no aborto pudesse haver um interesse maior capaz de outorgar ao Estado ou a comunidade sua titularidade.

Nos termos do artigo 126, sendo a gestante menor de catorze anos ou débil mental, ou se o consentimento for obtido mediante fraude, o crime a ser punido é o do art. 125, como se provocado sem a vontade da gestante⁴².

³⁸ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 117.

³⁹ *Ibid.*, p. 109.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 110.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Ibid.*, p. 390-391.

2.1.3 Forma qualificada e aumento de pena

A forma qualificada deste delito, prevista no art.127 do CP, aumenta em um terço a pena se, em consequência do aborto ou dos meios empregados, a gestante vier a sofrer lesão corporal grave. Ocorrendo morte da gestante, a pena será duplicada. Trata-se da forma preterdolosa do crime. Inobstante o agora salientado, será tratado novamente o assunto no item 3.3.4.4 quando da abordagem dos tipos de abortamento.

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.

Porém, vale trazer os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci⁴³ que discorda sobre ser este dispositivo um legítimo crime preterdoloso, sustentando que:

[...] Entretanto, a despeito disso, não há restrição expressa para que o resultado mais grave não possa ser envolvido pelo dolo eventual do agente, [...] em nossa visão, o aborto com morte ou lesão grave para a gestante é um crime qualificado pelo resultado, que pode dar-se com dolo na conta antecedente (aborto) e dolo eventual ou culpa na consequente (morte ou lesão grave para a gestante). Não se trata, pois, do autêntico crime preterdoloso...

Só será possível a aplicação da forma qualificada nos casos de incidência dos artigos 125 e 126 do Código Penal, uma vez que não se pune a autolesão no direito brasileiro.

2.1.4 Causas de justificação

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 553.

Nos incisos do art. 128 do Código Penal, são previstos o aborto necessário (terapêutico) e o aborto sentimental (ético ou humanitário) expressamente como causas de exclusão de antijuridicidade ou ilicitude, independente do estágio de desenvolvimento em que se encontre a gravidez. Este assunto também será tratado novamente no item 3.3.2 e no item 3.3.3 quando da explanação dos tipos de abortamento.

Embora possa existir alguma circunstância de conflito entre a vida do embrião ou feto e da mãe, Luiz Regis Prado⁴⁴ aduz que o embrião ou feto cederá em favor da gestante:

De acordo com esse sistema, a vida do ser humano em formação não se encontra desprotegida em nenhuma de suas fases de desenvolvimento; a par disso, é possível atender certas necessidades ou interesses da mulher grávida (v.g. vida, saúde, liberdade, intimidade...).

Neste contexto, o Código Penal adota uma postura restrita quando elenca somente duas hipóteses de excludentes de antijuridicidade, *in verbis*:

Artigo 128: Não se pune o aborto praticado por médico:
I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Para Nelson Hungria⁴⁵, o aborto necessário é definido como “... a *interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo, e inevitável por outro modo, à vida da gestante...*”. A justificativa ocorre em razão do “... *estado da mulher ou de alguma enfermidade intercorrente...*”, poderá ocorrer “... séria e grave complicação mórbida, pondo em risco a vida da gestante. Em tal

⁴⁴ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 118.

⁴⁵ Hungria, Nelson. *Ibid.*, p. 271-2.

situação, o médico assistente é o árbitro a quem cabe decidir sobre a continuidade ou não do processo da prenhez...”.

Guilherme de Souza Nucci⁴⁶, aduzindo sobre a constitucionalidade deste dispositivo, salienta que “... *nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isto, e perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da gestante...*”. Neste diapasão, cumpre salientar que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, seja o direito da mulher gestante, seja o direito do feto, pois são princípios que, em conflito, deverá um ceder face ao outro, adotando-se o critério da ponderação, utilizando-se o princípio da proporcionalidade para resolução.

Trata-se de verdadeiro estado de necessidade quando se fala em aborto necessário, excludente de ilicitude prevista no artigo 24 do Código Penal, haja vista que a conduta do médico visa afastar perigo atual de um bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Neste caso, o mal causado que é a morte do produto da concepção, pela ótica da utilização do critério da ponderação e da proporcionalidade, transforma-se em um mal menor do que a morte da mãe, mal que se pretende evitar.

O Código Penal confere maior valor à vida humana extrauterina do que à intrauterina. Tal argumento se faz com a simples comparação entre a pena do homicídio simples que é de reclusão de seis a vinte anos, conforme art. 121, *caput*, do Código Penal, enquanto a pena do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher é de reclusão de três a dez anos conforme consta do art. 125 do Código Penal. Não há, portanto, conflito entre bens iguais.

Cumpre salientar que o aborto necessário independe do consentimento de familiares ou da gestante. Basta, para tanto, a constatação do médico de que não existe outro meio para salvar a vida da gestante⁴⁷.

Somente o médico pode providenciar a cessação da gravidez, sem qualquer possibilidade de utilização da analogia *in bonam partem* para outras pessoas como enfermeira, parteira etc. Tal posicionamento se dá em

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 553.

⁴⁷ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 118.

razão de o médico ser o único profissional habilitado a decidir se a gestante pode ser salva evitando-se ou não o aborto. No caso de terceiros, poderia haver estado de necessidade ou inexigibilidade de conduta diversa⁴⁸.

A outra causa de exclusão de ilicitude é o aborto sentimental, também chamado de ético ou humanitário. Conforme Nelson Hungria⁴⁹, “... *nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida...*”.

Entende-se que o dispositivo é aplicado em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, no caso, a mulher que foi violentada. Tratando-se de dois valores fundamentais, seria melhor preservar o que já existe, razão do direito permitir que o direito do feto venha a perecer frente ao direito da gestante⁵⁰.

Já nesta excludente, ao contrário da anterior, é indispensável o consentimento da gestante, ou de seu representante legal, se incapaz, bem como seja praticado por médico, entretanto, admite-se uma relativização dessa interpretação caso a gestante encontre-se em perigo de morte (estado de necessidade).

Para Julio Fabbrini Mirabete, *in casu*, caracterizar-se-ia inexigibilidade de conduta diversa, o que afastaria a culpabilidade, uma vez que a justificativa da norma permissiva reside na ausência do dever da mulher “... *ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado, além do risco de problemas de saúde mental hereditários...*”.⁵¹

Tratando-se de gravidez decorrente do antigo crime de atentado violento ao pudor, aplicava-se esta excludente por analogia *in bonam partem*.⁵²

Contudo, face às modificações ocorridas no Código Penal pela lei 12.015, de 07/08/2009, revogando-se o crime de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214, transferindo a mesma conduta para o artigo 213, não há mais necessidade de analogia.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 553.

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Ibid.*, p.273.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 554.

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Ibid.*, p. 697.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 554.

No caso de estupro decorrente de violência ficta, duas são as correntes sobre este dispositivo a autorizar ou não o aborto: a) autoriza o aborto sentimental, pois está claramente prevista a hipótese em lei; b) não autoriza, pois é impossível a “morte de um ser humano” em nome de uma ficção. A doutrina opta pela primeira posição por estar em harmonia com o princípio da legalidade.⁵³

Destaca-se neste tipo de situação que em 22 de março de 2005, o Ministério da Saúde reeditou a Norma técnica sobre Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes, que às fls. 41, dispensa a apresentação do boletim de ocorrência (BO) como condição para realização do abortamento legal, *in verbis*:

De acordo com o Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940, art. 128, inciso II, do Código Penal, **o abortamento é permitido quando a gravidez resulta de estupro ou, por analogia, de outra forma de violência sexual.** Constitui um direito da mulher, que tem garantido, pela Constituição Federal e pelas Normas e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o direito à integral assistência médica e à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva.

O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesse caso, a não ser o consentimento da mulher. Assim, a mulher que sofre violência sexual não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como presunção de veracidade. O objetivo do serviço de saúde é garantir o exercício do direito à saúde. Seus procedimentos não devem ser confundidos com os procedimentos reservados à polícia ou à Justiça.

O médico e demais profissionais de saúde não devem temer possíveis consequências jurídicas, caso revele-se posteriormente que a gravidez não foi resultado de violência sexual. Segundo o Código Penal, art. 20, § 1º, "é isento de pena quem por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima". Se todas as cautelas procedimentais foram cumpridas pelo serviço de saúde, no caso de verificar-se, posteriormente, a inverdade da alegação, somente a gestante, em tal caso, responderá criminalmente.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibid.*, p. 554.

Caso haja alguma falsidade de alegação, somente a gestante responde criminalmente.

O Código de Ética Médica foi elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, em cumprimento ao artigo 30 da lei no 3.268/57 e publicado em 11 de janeiro de 1965.

O artigo 54 do Código de Ética impõe ao médico que não provoque aborto, salvo exceções referidas no artigo 128 do Código Penal. Para realização do aborto, nesses casos, o médico deverá primeiramente consultar em conferência dois colegas, levando a seguir uma ata em três vias. Uma será enviada ao Conselho Regional de Medicina (CRM); outra, ao diretor clínico do estabelecimento que será guardada pelo médico ao qual foi confiada a internação.

2.1.5 Da consumação

Consuma-se com a interrupção da gravidez. A forma tentada é possível se as manobras abortivas não são eficazes.

Manifesta-se Damásio de Jesus.⁵⁴

Crime material, o aborto atinge o momento consumativo com a produção de resultado morte do feto, em consequência da interrupção da gravidez. Se o feto já estava morto quando da provocação. Há crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, o mesmo ocorrendo quando a gravidez não existe. É irrelevante que a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada. É admissível a tentativa quando, provocada a interrupção da gravidez, o feto não morre por circunstância alheias a vontade do sujeito.

No mesmo sentido Julio Fabbrini Mirabete:⁵⁵

⁵⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. 2, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

⁵⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Ibid.*, p. 65.

Consuma-se o aborto com a interrupção de gravidez e a morte do feto, desnecessária, a existência da expulsão (RJTJESP 67/322, 35/211, 28/368; RT 454/376).

Não há necessidade, para se compor o delito, que haja prova da viabilidade fetal, a tentativa existe quando as manobras abortivas não interrompem a gravidez ou provocam apenas aceleração do parto, com a sobrevivência do neonato. Morto este após o nascimento, ocorrerá infanticídio, se a autoria do crime couber à mãe, e homicídio se a terceiro, em ambos o caso, pode dar-se “um concurso material de crimes – de aborto tentado (pois o feto não morreu por via deste) e de homicídio ou infanticídio consumado”.

Se o feto nasce vivo e viável, diz Frederico Marques, e vem a perecer, ulteriormente, em consequência das manobras abortivas, o crime de aborto se consuma; mas se a morte resultou de causa independente, existirá apenas tentativa de aborto.

2.1.6 Ação Penal

A ação penal é pública incondicionada.

O inquérito policial e a ação penal podem ter início independente da provocação de qualquer pessoa. O Delegado de polícia tomando conhecimento da prática de aborto é obrigado a instaurar o inquérito policial. Em juízo, a ação penal, iniciada por intermédio de denúncia do Promotor Público não está sujeita a qualquer condição de procedibilidade.

2.2 Abortamento na Lei de Contravenção Penal

Além do Código Penal, há outras normas jurídicas que punem aspectos correlatos do aborto. Assim, a Lei de Contravenções Penais, prescrevendo pena de multa, em seu artigo 20 prevê:

Anunciar processo substância ou objeto destinado a provocar aborto.

2.3 Abortamento na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

Temos ainda a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que em seu artigo 395, nega o repouso remunerado e o direito à estabilidade à mulher trabalhadora em caso de aborto ilegal, punindo-a sem avaliar suas condições objetivas de criar filhos, *in verbis*:

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

CAPÍTULO III

TIPOS DE ABORTAMENTO

3.1 Tipos de Abortamento

Para a descrição e estudo do abortamento é necessário saber distinguir seus tipos, ou seja, o aborto pode ocorrer por diversas causas, sejam elas naturais (intercorrências na gestação por questões patológicas, o aborto é espontâneo) ou provocadas (quando ocorre por fatores externos). No aborto provocado, temos os casos acidentais, que são aqueles ocasionados por traumas sofridos pela gestante de forma acidental sem intervenção de terceiros; os casos em que o aborto é praticado para salvar a vida da gestante, conhecido como aborto necessário; o aborto humanitário, que ocorre quando a gestação resulta de estupro, sendo estes casos conhecidos também como aborto Legal; e os casos em que a interrupção da gravidez é criminosa, intencional, com ou sem o consentimento da gestante, tipificados no Código Penal.

Tendo em vista o tema central é importante descrever o aborto eugenésico, o aborto social ou econômico, o *honoris causa* e o aborto de feto anencéfalo. Embora não previstos em nossa legislação pátria e considerados abortos criminosos no Brasil e em vários países, geram muitas discussões e estudos sobre a finalidade social e humana de cada um. Ocorrem em algumas nações do mundo e por isso a importância de seu conhecimento.

3.2 Abortamento natural ou espontâneo

Muitas vezes, por questões patológicas a mulher não consegue gerar o feto sofrendo um aborto espontâneo. Nesses casos explicados pela medicina, o aborto ocorre de forma natural, isto é, o feto é “expelido” pelo corpo, sem qualquer intervenção médica.

Mais ou menos 20% de toda gravidez termina em aborto durante as primeiras 16 semanas. Muitos ocorrem dentro de 10 semanas. Algumas mulheres abortam mesmo antes de saber que estão grávidas; um atraso na menstruação pode ser o único sintoma.

Ma maioria das vezes é difícil saber exatamente a causa do aborto. Contudo, a maior parte dos abortos ocorre quando os cromossomos do espermatozóide encontram com os cromossomos do óvulo. Muitas vezes o bebê (também chamado de feto) não se desenvolve por completo, ou desenvolve-se de maneira anormal. Em casos como estes, o aborto é a maneira que o corpo termina a gravidez que não está se desenvolvendo normalmente⁵⁶.

Outras causas possíveis de aborto incluem infecção do útero, diabetes sem controle, alterações hormonais, e problemas no útero. Excesso de cigarro, álcool e drogas ilegais como a cocaína também causam o aborto principalmente no início da gravidez, quando os principais órgãos do bebê estão se desenvolvendo⁵⁷.

Importante ressaltar que a intervenção médica ocorre somente após o aborto, pois muitas vezes permanece dentro do corpo da mulher restos de placenta que devem ser retirados para evitar infecções.

3.3 Abortamento provocado

Aborto provocado é a interrupção deliberada da gravidez; pela extração do feto da cavidade uterina. Em função do período gestacional em que é realizado, emprega-se uma das quatro intervenções cirúrgicas seguintes: sucção ou aspiração; dilatação e curetagem; dilatação e expulsão e injeção de soluções salinas.

Estima-se que seja realizado anualmente no mundo mais de 40 milhões de abortos, a maioria em condições precárias, com sérios riscos para a saúde da mulher. O método clássico de aborto é o por curetagem uterina e o método moderno por aspiração uterina (método de Karman) só utilizável sem

⁵⁶ WebCiência.com – Ciência e Cultura na Web. Disponível em: <http://www.webciencia.com/01_aborto.htm>. Acesso em: 19 nov. 2009.

⁵⁷ Ibid.

anestesia para gestações de menos de oito semanas de amenorréia⁵⁸ (seis semanas de gravidez). Depois desse prazo, até doze semanas de amenorréia a aspiração deve ser realizada sob anestesia e com um aspirador elétrico⁵⁹.

Trataremos nos tópicos seguintes os tipos de abortos provocados.

3.3.1 Acidental

O aborto acidental é considerado provocado e ocorre por fatores externos, ou seja, por casos fortuitos ou de força maior. Destaca-se que é aborto provocado, pois a causa não está relacionada com questões patológicas inerentes à gestante, ou seja, mesmo que necessário intervenção médica para a retirada do feto do útero, a causa que ensejou o aborto foi acidental, como por exemplo, quando a grávida sofre uma queda doméstica, um choque, um grande susto.

3.3.2 Necessário ou terapêutico

Trata-se de um aborto provocado realizado por médicos e com condição *sine qua nom* de salvar a vida da gestante, não havendo outro meio para tal.

Previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal, o aborto necessário ou terapêutico é uma excludente especial da ilicitude do crime, ou seja, o legislador determina que não se pune o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, *in verbis*:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

⁵⁸ Amenorréia: Falta de menstruação.

⁵⁹ Ibid. Disponível em: <http://www.webciencia.com/01_aborto.htm>. Acesso em: 19 nov. 2009.

O legislador criou uma espécie de estado de necessidade para não punir este tipo de aborto, a doutrina entende que se quis proteger o bem maior, considerando assim a vida da gestante. Não poderia a lei ser obstáculo a salvar uma vida, deixando-se que duas vidas se perdessem por prever o aborto como crime. Consoante a doutrina, “... *Nesse conflito de direitos, o ordenamento jurídico infraconstitucional, recepcionado pela atual Constituição, optou por preservar a vida da gestante em detrimento da vida do produto da concepção*”.⁶⁰

A excludente de ilicitude nesse caso, não exige que o perigo de vida seja atual, basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante⁶¹.

Outra questão importante refere-se quanto ao consentimento ou não da gestante ou de seu representante legal para a realização do aborto necessário. Nesses casos, o legislador não insere no texto legal a necessidade de consentimento, pois a grávida pode estar inconsciente, ou os familiares podem estar impelidos por motivos outros.

Fernando Capez cita o entendimento de Nelson Hungria nesta questão:

[...] É dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.⁶²

Outrossim, ainda sobre o consentimento, os médicos possuem a favor a previsão do artigo 146, § 3º, I do Código Penal, em autorizar a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por “imminente perigo de vida”.

⁶⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª reimpr., Curitiba: Juruá, 2009, p. 65.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) – 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 125.

⁶² CAPEZ, Fernando. *Ibid.*, p. 125.

3.3.3 Humanitário ou sentimental

Igualmente ao aborto necessário, a lei não pune o aborto, quando provocado por médicos com o consentimento da gestante se a gravidez resultou de estupro. Previsto no mesmo artigo 128 do Código Penal:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:
I - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Neste caso o legislador quis proteger principalmente a integridade psíquica da gestante, pois a gravidez resultou de um ato de extrema violência.

O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que lhe pode acarretar⁶³.

As palavras de Nelson Hungria refletem de forma cristalina a intenção do legislador ao permitir o aborto em casos de estupro: *“nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”*.⁶⁴

São requisitos para este tipo de aborto que a gravidez seja resultante de estupro e o consentimento da grávida ou de seu representante legal. Não há limitação temporal para gestante decidir-se sobre a realização do aborto⁶⁵.

É desnecessária autorização judicial para o médico realizar o aborto humanitário, contudo deve-se haver provas para averiguar a veracidade da informação, que levem a verificação da ocorrência do estupro.

Se o médico for induzido a erro, o mesmo não responde pelo crime, há erro de tipo, o qual exclui o dolo.

⁶³ Ibid., p. 126.

⁶⁴ HUNGRIA, Nelson *apud* LIMA, Carolina Alves de Souza. Ibid., p. 66.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa – 8. ed. ver. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 144.

3.3.4 Criminoso

O aborto criminoso é aquele que ocorre de forma intencional, ou seja, há intenção de se interromper a gravidez, seja com ou sem o consentimento da gestante.

Neste tipo de aborto não há patologias ou fatores externos que poderiam levar a gestante ao aborto, na verdade criam-se meios, muitas vezes cruéis de se interromper o estado gravídico.

Considera-se criminoso, pois não se enquadra nos casos previstos em lei para a prática do aborto conforme tópicos 3.3.2 e 3.3.3.

O crime de aborto exige as seguintes condições jurídicas: dolo, gravidez, manobras abortivas e a morte do feto, embrião ou óvulo⁶⁶.

A seguir as várias formas de aborto criminoso.

3.3.4.1 Autoabortamento e Abortamento Consentido

O autoaborto é aquele provocado pela própria gestante, ou seja, sem a participação de uma terceira pessoa. Nos ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete⁶⁷: o art. 124, em sua primeira parte, descreve o chamado auto-aborto: “*provocar aborto em si mesma*”. Trata-se de crime especial, só podendo praticá-lo a mulher gestante. Contudo, afirma a doutrina que existe a possibilidade de participação neste tipo de crime conhecido como “*crime de mão-própria*”, como veremos a seguir.

Previsto no *caput* do art. 128, o aborto provocado pela própria gestante ocorre quando a gestante emprega em si mesma os meios e formas abortivas. Doutrinadores como Fernando Capez⁶⁸ e Cezar Roberto Bitencourt⁶⁹, asseveram que a participação ocorre, quando um terceiro instiga,

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibid.*, p. 136.

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini/Renato N. Fabbrini. *Manual de Direito Penal, parte especial*, arts. 121 a 234 do CP, 25ª. ed. rev. E atual. Até dez de 2006 – 2. reimpr. –São Paulo: Atlas, 2007, p. 65.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 136.

induz ou auxilia a gestante a praticar o autoaborto, porém a conduta deste não deve ir além dessa atividade acessória, pois se praticar qualquer ato da fase executória (*iter criminis*) responderá pela prática do crime previsto no art. 126 do CP.

O aborto consentido é aquele em que a gestante permite que um terceiro pratique o aborto nela. É um crime de mão própria sendo que o ato de consentir é personalíssimo da mulher grávida. Disciplinado na segunda parte do artigo 124 do CP, a gestante não pratica o aborto em si mesma, mas consente que o agente o realize, sendo que este que provoca o aborto, responde pelo crime previsto no art.126 do CP, em que se comina pena mais severa.

Importante ressaltar que o tipo penal da 2ª parte do art. 124 comina pena apenas a mulher por consentir que outrem pratique o aborto nela, sendo que o terceiro que executa os atos abortivos responderá em tipo penal próprio previsto no artigo 126 do CP.

3.3.4.2 Abortamento provocado por terceiro sem o consentimento da gestante

Previsto no art. 125 do CP, é uma forma mais gravosa do delito, pois o aborto é praticado sem o consentimento da gestante ou sem que a mesma saiba que sofrerá um aborto. A ausência do consentimento é nuclear do tipo penal em questão, haja vista que havendo o consentimento da gestante, o delito ainda existe, mas com a tipificação do art. 125 do CP.

Embora previsto no parágrafo único do art. 126 do CP que descreve o aborto com o consentimento da gestante, quando a mesma for levada a erro ou mesmo não ter discernimento para saber que será nela realizado um aborto, a pena cominada será a prevista no art. 125, visto que o legislador entende que nesses casos embora haja uma situação de consenso da gestante, o mesmo é inválido, inexistente. Assim descreve no parágrafo único do art. 126 que a pena aplica-se a pena do artigo anterior (125), se o aborto for praticado em gestante não maior de 14 (quatorze) anos de idade, ou é alienada ou débil mental, ou se ainda o consentimento é obtido mediante

fraude, grave ameaça ou violência. A doutrina classifica como dissentimento real e dissentimento presumido⁷⁰.

O dissentimento presumido está presente, quando o terceiro pratica o aborto na gestante mediante fraude, grave ameaça ou violência. O emprego da fraude configura-se quando através de meios arditos o agente induz a grávida a erro, por exemplo, um médico que alega realizar exame de rotina, mas emprega manobras abortivas; a grave ameaça pode configurar-se por um mal grave e inevitável, tal como ameaça do agente de matar o outro filho da gestante se a mesma não abortar; e a violência e o emprego da força física, por exemplo, agente golpeia a barriga da vítima sabendo que a mesma está grávida, sendo visível ou não.

Diz-se dissentimento presumido se a vítima é menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, pois não pode consentir validamente.

3.3.4.3 Abortamento provocado com o consentimento da gestante

Neste caso, o aborto é provocado por terceiro com o consentimento da gestante, sendo este expresso ou tácito. O consentimento, que pode ser expresso ou tácito, deve existir desde o início da conduta até a consumação do crime, respondendo pelo art. 125 CP, o agente quando a gestante revoga seu consentimento durante a execução do aborto. Ensina heleno Cláudio Fragoso⁷¹ que “*a passividade e a tolerância da mulher equivalem ao consentimento tácito*”. Quem participa da conduta do provocador responde pelo crime de aborto consensual.

O erro do agente, supondo justificadamente que há consentimento da gestante, quando isso não ocorre, é erro de tipo, devendo ser ele responsabilizado pelo art.126 CP e não pelo art.125 CP.

Previsto no caput do art. 126 do CP. O tipo penal gera a figura de dois tipos penais, a prevista na 2ª parte do art. 124 CP para a gestante que consente e a prevista no art. 126 CP para o agente que pratica as técnicas abortivas.

⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Ibid.*, p. 120-121.

⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ibid.*, p. 126.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete⁷²:

Define-se no art.126 a provocação do aborto com o consentimento da gestante. Esta responderá pelo crime previsto no art.124 CP e aquele que pratica as manobras abortivas ou causa o aborto de outra forma será punido pelo crime em estudo, com pena mais severa.

Para melhor entender a distinção feita pelo legislador entre a 2ª parte do art. 124 (consentir que outro lhe provoque – aborto-) e o art. 126, para cominar penas distintas ao terceiro mesmo com a prática da mesma conduta, seguimos as palavras de Cezar Roberto Bitencourt :

Essa exceção a teoria monística, no crime de aborto consensual, fundamenta-se no desnível que a conduta da gestante que consente no aborto apresenta em relação à daquele que efetivamente pratica o aborto consentido. Com efeito, a censura da conduta da gestante que consente, na ótica do legislador, é consideravelmente inferior a conduta do terceiro que realiza as manobras consentidas. O desvalor do consentimento da gestante é menor que o desvalor da ação abortiva do terceiro que, concretamente, age, isto é, realiza a atividade de provocar o aborto. Consentir merece determinado grau de censura, ao passo que executar a conduta consentida, definida como crime de aborto, recebe uma censurabilidade bem mais elevada, pois implica a comissão do aborto criminalizado: a conduta da primeira assemelha-se a conivência, embora não possa ser adjetivada de omissiva, enquanto a do segundo é comissiva⁷³.

3.3.4.4 Abortamento qualificado

A forma qualificada do aborto está prevista no art. 127 do CP, e estabelece que se nos casos de abortos tipificados no art. 125 e 126 do CP, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave ou morrer, a pena será aumentada em um terço para a primeira situação e duplicada para a segunda.

Embora o código use a nomenclatura “Forma Qualificada”, trata-se na verdade de causas especiais de aumento de pena, pois serão aplicadas

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Ibid.*, p. 67.

⁷³ *Ibid.* p. 139.

na terceira fase da aplicação da sanção, ao contrário das qualificadoras, que fixam os limites mínimos e máximos⁷⁴.

O aborto qualificado é um crime preterdoloso, ou seja, o resultado não é esperado pelo agente, nem mesmo eventualmente. Aplica-se o dispositivo apenas aos autores dos crimes previstos nos arts. 125 CP e 126 CP, excluída a gestante. Não responderá também pela qualificadora o partícipe do art. 124 CP. Sustentam que responderão esses por lesão corporal culposa ou homicídio culposo⁷⁵.

3.3.4.5 Abortamento eugenésico

Conhecido como aborto eugenésico, eugênico ou piedoso, é o realizado para impedir que a criança que está sendo gerada nasça com deformidades ou alguma doença incurável. Eugenia significa purificação de raças, dessa forma causa repugnância em seu emprego, principalmente devido à “herança” dos nazistas pelos cruéis atos praticados com este fundamento.

Com os avanços da medicina é possível identificar no feto doenças e deformidades físicas. Mesmo antes dos avanços tecnológicos e medicinais o aborto eugênico já era defendido quando da constatação de uma suspeita de que a criança poderia nascer com anomalias graves causadas por doenças hereditárias. Muito se discutiu sobre o *thalidomide* medicamento muito utilizado no Brasil na década de 60 e que se comprovou causar deformidades físicas nos fetos quando ingerido por mulheres grávidas, muitas crianças nasciam sem membros superiores ou inferiores ou os tinham com grandes deformações. Julio Fabbrini Mirabete cita Basileu Garcia: “*Se há um caso característico de abortamento eugênico em que a punição seria desaconselhada pela piedade, esse é o trazido pela Thalidomide*”.

O anteprojeto de 1999, da Parte Especial do Código Penal amplia as hipóteses de aborto permitido. O art. 127, inciso III do anteprojeto prevê o chamado aborto eugênico:

⁷⁴ CAPEZ, Fernando. *Ibid.*, p. 122.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Ibid.*, p. 67.

Art. 128. Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:

[...]

III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

A grande questão é o termo “inviável”, visto que não define o que venha a ser, deixando uma lacuna e possibilitando inúmeras interpretações, o que não pode ocorrer quando está em questão a vida humana. A inviabilidade ocorreria por questões de limitações de locomoção, fala, audição etc. que não permitiria uma vida normal, para alguns? Ou a inviabilidade estaria relacionada à possibilidade de sobreviver após o parto?

Por fim, o aborto eugênico não é permitido por nossa legislação, embora tenhamos muitas decisões judiciais que permitiram este tipo de aborto por má formação congênita do feto (RT 791/581), problemas psicológicos, agenesia renal (ausência de rins), abertura de parede abdominal e síndrome de Patau (em que há problemas renais, gástricos e cerebrais gravíssimos)⁷⁶.

3.3.4.6 Abortamento econômico ou social

Tipo de aborto provocado em situações em que a família da gestante é muito numerosa e possui degradável situação financeira, estado acentuado de pobreza. Por esses motivos considera-se necessário o aborto para impedir que a precária situação se agrave, bem como, que a futura criança viva em situação de extrema miséria⁷⁷.

Trata-se de conduta punível, uma vez que haveria outros meios de cessar a situação que justifica o “crime”, a começar por políticas do governo de planejamento familiar, inclusão social, entre outras.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Ibid.*, p. 70.

⁷⁷ Um terço dos países do mundo já conta com leis que permitem o aborto por motivos econômicos e sociais. Um levantamento feito pela Organização das Nações Unidas (ONU) e obtido pelo Estado aponta que a tendência na adoção dessas leis vem crescendo. Há 20 anos, o número de governos que permitia tal prática não chegava a 20% dos países. Fonte: Comissão de Cidadania e Reprodução. Disponível em: <http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=1346>. Acesso em: 20 nov. 2009.

Países que permitem aborto por razões sócio-médicas ou sócio-econômicas (baixo poder aquisitivo, crise pessoal, pouca ou demasia idade, ou problemas de saúde): Grã-Bretanha, Finlândia, Áustria, Japão, Coréia do Norte, Índia, Zâmbia.

3.3.4.7 Abortamento *honoris causa*

Quando uma gestação decorre de relacionamento extraconjugal pratica-se o crime de aborto *honoris causa*. Quando o filho esperado não era do marido da gestante, remotas civilizações permitiam o aborto por uma questão de honra. Em algumas comunidades indígenas, caso não fosse praticado o aborto, a criança era morta quando do nascimento.

3.3.4.8 Abortamento de feto anencéfalo

Inobstante os casos supracitados, cumpre agora destacar que silenciou a lei no tocante ao aborto por anomalia fetal grave.

Em 1940 os conhecimentos sobre esta área da medicina eram poucos, o que se impedia de legislar a respeito do assunto.

Nelson Hungria⁷⁸, na primeira metade do séc. XX, assim manifestou-se:

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas trouvailles dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode-a fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a lição de Von Franqué: Não há doença alguma da mãe ou do pai, em

⁷⁸ HUNGRIA, Nelson *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147.

virtude da qual a ciência, de modo geral ou nalgum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução, podem ser descendentes interinamente sãos e de alta espiritualidade... A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos...

Devido ao grande avanço tecnológico dos dias atuais, há a possibilidade de se diagnosticar anomalias fetais ainda no ventre materno. O encéfalo é parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, e sem ele não é possível à atividade cerebral. Portanto o feto não terá vida ao nascer.

Cezar Roberto Bitencourt⁷⁹ assim define o aborto anencefálico:

não representará uma obrigação – que constrange, humilha e deprime a gestante -, mas, pelo contrário, será apenas uma faculdade que, se não desejar, não precisará usa-la, sem, ademais, ficar submetida aos rigores próprios da violação de norma jurídico-penal com suas drásticas consequências punitivas. Apenas, se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será “condenada” a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, rigozizando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a – além da perda irreparável – continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Juízes têm deferido autorizações para a interrupção de gestações baseadas nos dogmas constitucionais de que ninguém deverá ser submetido a tratamento desumano e em atenção ao princípio da dignidade humana. Outro recurso utilizado é a analogia *in bonam partem*, uma vez que o legislador penal permitiu o aborto independentemente das condições físicas do feto, e o prosseguimento de uma gravidez deste tipo acarreta sérios danos à saúde mental da gestante, comparando-se com o permissivo legal do estado de necessidade.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008 p. 147.

Alguns doutrinadores entendem que o aborto de feto anencéfalo não pode ser considerado crime tendo em vista que o feto não possui atividade encefálica, sob a interpretação realizada com base na Lei de Transplantes de Órgãos Humanos – Lei 9.434/97 – uma vez que define que não há vida se diagnosticada a morte encefálica, ou seja, “sem atividade encefálica não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto que é a supressão da vida intrauterina”.⁸⁰

Correntes contrárias ao aborto por anencefalia defendem que a má formação cerebral não significa ausência de cérebro, muito menos de vida, uma vez que a deformidade permite que o feto possua atividades vitais, e que após o nascimento é possível viver mesmo que em estado vegetativo.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Ibid.*, p. 129.

CAPÍTULO IV

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo direitos fundamentais é aplicado àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (caráter nacional). Ele difere-se do termo direitos humanos, com o qual é frequentemente confundido e utilizado como sinônimo, na medida em que este se aplica aos direitos reconhecidos ao ser humano como tal pelo Direito Internacional por meio de tratados, e que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, tendo, portanto, validade independentemente de sua positivação em uma determinada ordem constitucional (caráter supranacional).⁸¹

É um tema muito complexo, pois abrange diversos direitos e não há entre eles uma hierarquia, causando colisão entre os mesmos. Partindo do pressuposto de que não existe hierarquia entre as diversas normas constitucionais, não há conflito entre as normas constitucionais no plano normativo. Por exemplo, não existe conflito entre as normas que garantem o direito à liberdade de imprensa e o direito à intimidade. O que pode ocorrer é que a incidência delas sobre uma dada situação gere uma colisão entre os direitos fundamentais.⁸²

Conforme Canotilho⁸³, “*considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular*”.

Carolina Alves de Souza Lima cita Jane Reis Gonçalves Pereira:⁸⁴

Há duas formas de averiguar-se a colisão de direitos fundamentais. Na concepção estrita, a colisão dá-se exclusivamente entre direitos fundamentais. Na concepção ampla, por seu turno, as colisões dão-se entre os direitos

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

⁸² ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade** (em português). Acesso em: 27 jan. 2010.

⁸³ GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed., Almedina, 1999, p. 1191.

⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves *apud* LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 131.

fundamentais e os interesses e bens coletivos ou públicos tutelados no ordenamento jurídico.

Pelo exposto verifica-se que não há como limitar esses direitos quando em colisão, não existe unanimidade para os critérios a serem utilizados. Para a doutrinadora Carolina Alves de Souza Lima, “o primeiro passo para resolver os conflitos entre direitos fundamentais consiste em definir a estrutura normativa desses direitos, ou seja, definir se eles têm natureza de regra ou de princípio”.⁸⁵

Regras são consideradas como “fatos” e são ou não são aplicadas, de acordo com o chamado “tudo ou nada” (*all-or-nothing*). Um conflito entre elas encerra um problema relativo à sua validade. Regras são concretas e específicas no que diz respeito à sua aplicação, ou seja, são inflexíveis, porque partem de uma hipótese de incidência pré-determinada que, uma vez preenchida, demanda a sua consequência normativa, independente de quaisquer outras considerações.⁸⁶

Seguimos a definição de princípio de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofende-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada.

⁸⁵ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Ibid.*, p. 137.

⁸⁶ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípio e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 555.

Quando há conflito entre regras soluciona-se pela invalidade de uma delas ou por uma exceção, quanto ao conflito entre os princípios deve-se levar em consideração o “seu peso”, sua relevância, sua importância ao caso concreto.

Para Robert Alexy os direitos fundamentais possuem caráter de regras e de princípios.⁸⁷

Tendo em vista esta característica dos direitos fundamentais a solução para o conflito entre eles não é de fácil aplicação.

O critério a ser utilizado no caso então, é o da proporcionalidade aliado ao da ponderação. Para Alexy⁸⁸ proporcionalidade é um princípio que consiste em três princípios parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação é o meio empregado para o alcance do resultado com ele pretendido, interligado a Necessidade de seu emprego e a proporcionalidade em sentido estrito sucede-se a uma aplicação escalonada em função da possibilidade fáticas e jurídicas, com seu “maior ou menor peso”.

Assim entende Carolina Alves de Souza Lima:⁸⁹

A ação de determinar qual princípio deve prevalecer e em que medida dá-se a partir de um processo de ponderação, no qual se avalia o peso que cada um deles adquire no caso concreto. A ponderação é uma forma de interpretação que possibilita estabelecer, nos casos de colisão entre princípios, qual deles deve prevalecer e em que medida. A solução desses conflitos deve orientar-se pela lei de ponderação, segundo a qual quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância de satisfação do outro princípio.

⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª ed. alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 339.

⁸⁸ Ibid. p. 339.

⁸⁹ Ibid. p. 174.

CAPÍTULO V

VIDA HUMANA

5.1 Surgimento biológico da vida humana

Atualmente tem-se que, os progressos científicos avançam num ritmo muito mais acelerado que as ciências jurídicas, causando impacto nas normas e nos conceitos anteriormente simplificados. Até bem pouco tempo, os conflitos em torno do nascituro, não passavam de meros questionamentos doutrinários. Hoje considerá-lo pessoa ou não, e principalmente, definir o momento em que lhe são configurados esses direitos é matéria mais que necessária, porque dessa definição dependerá a ciência para designar quais rumos a biologia moderna legalmente percorrerá, sem assim, tornar suas práticas afrontosas à dignidade e a vida humana.

5.1.1 Embrião Humano

5.1.1.1 Definição

A definição universal de embrião tem sido uma tarefa difícil para as ciências exatas e, em termos filosóficos, é impossível.

Embrião deriva do grego *embryon* e significa “qualquer coisa que começa, princípio, aquilo que se apresenta primordialmente em estado indefinido ou confuso” ou, simplesmente, o desenvolvimento humano durante os primeiros estágios de desenvolvimento, mais concretamente até ao final da sétima semana de gestação, passando a partir dessa altura a designar-se por feto⁹⁰.

⁹⁰ FIGUEIREDO, C., Embrião. In: *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1912, 3ª ed., v. I, Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, p. 695.

A professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos⁹¹ define como embrião “...o fruto da concepção no período de tempo entre a fecundação e o fim da oitava semana de desenvolvimento...” e “A Comissão Warnock considerou uma fase embrionária a que se refere às seis semanas imediatamente sucessivas à fecundação. Alguns adotaram o termo ‘pré-embrião’ para os primeiros quatorze dias de desenvolvimento após a fecundação.”

Quanto a esta definição de embrião, forçoso ainda salientar que a Associação Médica Britânica constituiu a chamada *Comissão Peel* (*Peel Committee Report of the panel on human artificial insemination*), que publicou o Relatório Mary Warnock, cujo § 11.9, “...reconhece o zigoto como parte de um processo de crescimento do embrião. Uma vez iniciado o processo de reprodução não existe um estágio mais importante do que outro. Todos são partes de um processo contínuo...”.

5.1.1.2 Visão biológica

Do ponto de vista biológico, não há consenso quanto ao conceito de embrião. Em termos genéticos pode dizer-se que, a partir do momento em que há fecundação, esse patrimônio único e o sexo do ser que daí se vai desenvolver estão definidos e são, conseqüentemente, passíveis de qualquer estudo genético.

Manifestando um ponto de vista estritamente médico, há quem defenda que “uma vez ocorrida a concepção, começou a existência de uma vida humana individual, que é um contínuo progressivo permanente, até que a morte natural ou artificial ocorra”, enquanto outros autores há que, fazendo a ponte entre a genética e a filosofia, afirmam que a vida humana tem início na fertilização⁹².

5.1.1.3 Visão ontológica

⁹¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Equilíbrio do pêndulo, a bioética e a Lei*. São Paulo: Editora Ícone, 2002, p. 131.

⁹² FORD, N., *Fertilization and the beginning of a human individual*. In: “When did I begin?”, Cambridge University Press: 1991, C. 4, p. 102-131.

Durante cerca de 2000 anos, os ensinamentos de Aristóteles serviram de base para o entendimento da origem do ser humano individual.

Aristóteles pensava haver uma resposta científica direta quanto à questão do desenvolvimento no feto, de vários tipos de alma ou vida, considerando a vida racional exclusiva dos humanos. Assim, atribuía ao embrião recém-formado um tipo de vida apenas vegetal (alma vegetativa), que passaria a animal (alma sensitiva) para, apenas aos 40 e 90 dias, consoante fosse de homem ou de mulher, o feto ser capaz de adquirir vida racional ou mental. Para Aristóteles, a alma racional só se uniria ao embrião, se e quando esse adquirisse um aspecto humano⁹³.

Na Idade Média, Santo Agostinho retomou a questão anterior numa abordagem já claramente cristã, mas apenas para fazer a distinção entre feto animado e não animado⁹⁴; aproveitou, em certa medida, a filosofia Aristotélica, com a diferença de que os seus pressupostos, em vez de empíricos, eram baseados especificamente na idéia religiosa de alma imortal e salva pela fé.

Nesta linha de pensamento, a Igreja Católica tem uma posição inequívoca - a vida (ou alma) do ser humano provém de Deus e a vida humana é sagrada desde o seu início até a morte.

5.1.1.4 Visão filosófica

A questão mais delicada quanto ao tema em termos filosóficos, é a da definição de “vida humana”. Se, por norma, os problemas éticos relativos ao embrião humano surgem quando se quer definir exatamente o momento em que se inicia a vida humana, para alguns autores será necessário entender “vida humana” no sentido de “vida pessoal”, enquanto outros questionarão ainda “Que ser é o embrião humano?”. Segundo Mary Warnock⁹⁵, talvez um modo de simplificar toda esta questão do início de vida humana ou de pessoa fosse estimar em que estágio de desenvolvimento do embrião este adquire o

⁹³ FORD, N. Fertilization and the benning of a human individual. In: “When Did I Beggin?” *apud* NATÁLIA Olivia Teles. **Nascer e crescer**. Revista do Hospital de Crianças Maria Pia. 2004, v. XIII, N. 1. Porto, Portugal.

⁹⁴ MELO, H. **Alguns aspectos do embrião gerado *in vitro* e não implantado**. In: “Brotéria”, 1999, N. 149, p. 275-302.

⁹⁵ WARNOCK, Mary. **Birth**. In: “An intelligent person’s guide to ethics”, 1998, London: Duckworth, p. 40-53.

estatuto de “moralmente” significativo ou, dito de outro modo, a partir de que altura é que se deve começar a tratar um embrião com o mesmo respeito com que se trata qualquer outro ser humano.

H. tristam Engelhardt Jr.⁹⁶ assume uma posição oposta à da Igreja Católica, considerando frontalmente que o embrião não é pessoa desde o momento da concepção e distingue ainda dois conceitos que são, habitualmente, tomados como sinônimos: ser humano e pessoa. Afirmando que “*somente as pessoas escrevem ou lêem livros de filosofia*”, pensa que para um ente ser considerado pessoa, tem de ser consciente, racional, livre, autônomo e responsável.

Além destas duas posições basicamente opostas sobre o embrião, há outras intermédias, que valorizam o “potencial”, ou o de “pessoa potencial”. Segundo Paul Ricoeur⁹⁷, a expressão “pessoa potencial”, como resposta à clássica questão de “O que é um embrião? permite “escapar ao caráter dicotômico das considerações ético-ontológicas” o que, em linguagem simples, significa apenas que o embrião não é pessoa nem coisa. Desta noção de pessoa potencial pode inferir-se que o embrião não é pessoa - durante as primeiras semanas do seu desenvolvimento não possui sensibilidade, consciência, nem relação com o meio exterior, só à medida que a embriogênese se vai processando é que aquele ser humano vai adquirindo as condições biológicas e ambientais que lhe permitam vir a ser pessoa; por outro lado, o embrião não pode ser reduzido a coisa, pois tem origem humana e tornar-se-á pessoa, se para isso tiver condições favoráveis. A posição de que o embrião deve ser respeitado como pessoa e ser humano potencial desde o momento da concepção foi também adotada pelo *Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé* francês, que definiu pessoa como “o único animal que se recorda do seu avô”.

5.1.1.5 Formação

⁹⁶ ENGELHARDT JR., H. **Fundamentos da bioética**. São Paulo, Loyola, 1998, p. 170.

⁹⁷ KEATING, B. **Pessoa potencial**. In: “Dicionário da Bioética”, Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 301-302.

Na antiguidade, a humanidade acreditava que o feto se formava a partir do sangue da menstruação, essa crença ofuscou a humanidade até o século dezesseis.

Cientificamente a formação de um embrião leva vários dias para sua efetiva formação. Conclui-se apesar dessa fase que a fecundação inicia-se quando o espermatozóide entra no óvulo.

Os espermatozóides recém ejaculados são incapazes de fecundar o óvulo, eles precisam passar por um processo de ativação, um período de sete horas de condicionamento conhecido como capacitação. Após a capacitação, os espermatozóides mostram-se mais ativados e capazes de penetrar na corona radiata e zona pelúcida que envolvem o óvulo. Em geral, os espermatozóides são capacitados no útero e nas tubas uterinas, por substâncias contidas nas secreções destas partes do trato genital feminino.

A fertilização numa sequência de eventos que começam com o contato de um espermatozóide e um ovócito secundário, terminando com a fusão dos núcleos do espermatozóide e do óvulo e a consequente mistura dos cromossomos maternos e paternos na metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto⁹⁸.

Biologicamente, com a fecundação (que consiste, na fusão de um óvulo com um espermatozóide, contendo a quantidade de 23 cromossomos cada) forma-se o zigoto, que é a célula única que se transformará em um ser humano multicelular. O resultado imediato da fecundação é a estruturação dos cromossomos, dando origem a um ser com carga genética própria.

Após a fecundação, o zigoto sofre uma série de divisões (clivagem), dando origem a outras células de menor tamanho, denominado de blastômeros. Aproximadamente 72 horas após a fecundação, quando a quantidade de células é composta por 16 blastômeros, agora denominadas de mórula, já na cavidade uterina, ocorre uma segunda divisão, uma (o trofoblasto) dará a origem à placenta e membranas embrionárias, outra metade (embrioblasto) constituirá o embrião propriamente dito.

⁹⁸ KAVALCO, Karine Frehner. **Desenvolvimento embrionário humano**. Disponível em: <www.mundovestibular.com.br/articles/383/1/DESENVOLVIMENTO-EMBRIONARIO-HUMANO/Paacutegina.html>. Acesso em: 09 nov. 2009.

Segundo a corrente majoritária, no 14º dia⁹⁹, esse aglomerado de células, inicia uma invasão da camada endometrial do útero, aderindo a ela, onde permanecerá até o final da gestação. É por meio dessa aderência que é extraída a nutrição do concepto. Esse é o fenômeno denominado de nidação, e é somente após esse período que ocorre a transformação dos hormônios femininos determinando o estado gravídico da mulher.

Cumprido salientar que, no caso da fecundação *in vitro*, esse processo não sofre muitas alterações, pois logo após a formação dos blastômeros, o pré-embrião é transferido para o útero da futura mãe¹⁰⁰.

Em suma, o desenvolvimento embrionário humano possui várias fases: a fase da fecundação, onde o espermatozóide (esperma) fecunda o óvulo, no útero materno; assim, surge o embrião humano, que se agarra à parede uterina, e ali se desenvolve; o embrião agora é designado feto. E no feto que os ossos são desenvolvidos sobre matrizes cartilaginosas e fibrosas, as células que envolvem estas matrizes, também passam por uma diferenciação e dão origem ao tecido muscular.

O estudo dos embriões só iniciou-se e foi possível com o desenvolvimento de técnicas de aperfeiçoamento dos microscópios. Karl Ernst von Baer observou, em 1827, o ovo ou zigoto em divisão na tuba uterina e o blastocisto no útero de animais. Nas suas obras, *Ueber Entwicklungsgeschichte der Tiere* e *Beobachtung and Reflexion* descreveu os estágios correspondentes do desenvolvimento do embrião. Por isto é chamado de "pai da embriologia moderna".

Em 1839, Mathias Schleiden e Theodor Schwann, ao formularem a Teoria Celular, foram responsáveis por grandes avanços da Embriologia. Conforme tal conceito, o corpo é composto por células, o que leva à compreensão de que o embrião se forma a partir de uma única célula, o zigoto, que por muitas divisões celulares formam os tecidos e órgãos de todos seres vivos, em particular o humano.

⁹⁹ Moderna e biologicamente, acredita-se que a vida humana só começa a partir dos 14 dias. A explicação para esta conclusão é o aparecimento da linha primitiva, no embrião, que insinua a formação do sistema nervoso central do ser humano. Entendem os defensores desta teoria que o ser humano não é apenas um conjunto de células biologicamente estruturadas. É considerado indispensável que possua um sistema nervoso central e, o que se admite indispensável, um cérebro pensante.

¹⁰⁰ ALMEIDA, Silmara J.; A Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 112.

Com base nestas evidências experimentais, o Papa Pio IX aceitou a concepção como a origem do ser humano, em 1869¹⁰¹. Não se trata, portanto, de um dogma religioso, mas da aceitação de um fato cientificamente comprovado.

5.2 Teorias sobre o início da vida humana

Em se tratando de teorias que tratam do início da vida humana, três serão apresentadas a seguir, estabelecendo suas diferenças e peculiaridades, firmando ainda mais a questão sobre a divergência entre doutrinadores e pesquisadores.

5.2.1 Perspectiva concepcional

Acredita-se que a vida humana é um processo instantâneo que se inicia no momento da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dando origem a uma realidade genética autônoma e diversa, qual seja, o zigoto. Para essa teoria, o zigoto (ovo) traz consigo a “capacidade de realizar seu destino humano¹⁰²,” que se desenvolverá em fases sucessivas.

Além do argumento supra, há outro que o reforça no sentido de que o zigoto está vivo e possui patrimônio genético próprio da espécie humana. Sendo assim, por via de consequência, “o óvulo, fecundado pelo espermatozóide, seria, sob tal ângulo, uma pessoa.”

Para essa teoria, tem-se o embrião como nascituro, a partir do momento da fecundação. A nidação é, portanto, o momento em que se inicia a gravidez.

Para Genival Veloso de França¹⁰³ a nidação é somente uma etapa da vida já iniciada: “Mesmo que não haja o aninhamento do ovo no útero,

¹⁰¹ TEIXEIRA, Alice. **A origem da vida do ser humano e o aborto**. Fonte CNBB, 27/11/2005. Site Canção Nova. Disponível em: <www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.Php>. Acesso em: 09 nov. 2009.

¹⁰² MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

¹⁰³ FRANÇA, Genival Veloso *apud* Silmara J A Chinelato e Almeida. *Ibid.*, p. 117.

seu poder vital é tanto, que pode evoluir nas trompas, no peritônio, ou onde possa se desenvolver”

Corrobora o seu entendimento citando o Professor Nilson Sant’anna:¹⁰⁴

A vida humana irrompe e inicia a sua estruturação somática no exato momento da fecundação, antes, portanto, do ovo implantar-se no útero. A nidação garante, apenas, o prosseguimento de um processo vital já em andamento, decorrente de seu próprio poder energético, e a continuidade evolutiva de uma complexa arquitetura citológica, cujas linhas prévias já lhe chegaram esboçadas no desenho das primeiras divisões mitóticas.

Segundo a teoria concepcionista, o pré-embrião¹⁰⁵ ou zigoto, é considerado nascituro, e na qualidade de nascituro, lhe são garantidos todos os direitos dele decorrentes. Sendo assim, toda e qualquer manipulação efetuada no pré-embrião, deve, obrigatoriamente, ter resguardado os dispositivos legais a cerca dos direitos do nascituro.

Quanto ao pré-embrião “*in vitro*” e o pré-embrião “*in útero*”, não há, biologicamente qualquer diferença, a não ser o local onde ambos se encontram, o que, sendo assim, impossível seria atribuir-lhes direitos distintos.

Critica-se esta teoria concepcionista uma vez que a presença do código genético humano não é uma particularidade exclusiva do zigoto, já que qualquer célula do ser humano contém o patrimônio genético completo e individualizado de seu portador, sem que isso torne tal célula valiosa por si mesma. Ainda, forçoso trazer o argumento que o zigoto não possui toda a informação genética para desencadear a embriogênese e vir a se tornar um ser humano já que necessita de interação com outras moléculas, principalmente com intercâmbio de informações com a própria mãe.¹⁰⁶

¹⁰⁴ SANT’ANNA, Nilson *apud* Genival Veloso de França, op. cit. Silmara J A Chinelato e Almeida.

¹⁰⁵ Diz-se pré-embrião aqueles que ainda não sofreram a nidação. Segundo os Doutores Roberto Branco e Franklin D. Rumjanek foi uma saída da Lei de Biossegurança para o descarte dos embriões congelados, e defini-los pré-embriões não seria o mesmo que embriões, portanto, passíveis de violação, *in verbis*: “É a partir desta ‘decisão’ pedagógica que se estruturou a lei 11.105/2005, a denominada Lei da Biossegurança, que normatiza os procedimentos a respeito das denominadas células-tronco embrionárias. Chega-se ao cúmulo de chamar os embriões humanos, com menos de 14 dias, congelados em laboratórios de fertilização assistida, de pré-embriões. Perceba a estratégia pedagógica: não são embriões; são pré-embriões” (In: Faces e Interfaces. Disponível em: <http://www.olharvital.ufrj.br/ant/2005_12_01/materia_faceseinterfaces.htm>. Acesso em: 01 fev. 2010.

¹⁰⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María. *El Derecho y la Bioética ante los límites da la vida humana*. Madrid: Editorial de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 149.

Além do já exposto, pesam ainda críticas pelo fato de o embrião ainda poder se dividir em dois ou mais embriões (gêmeos monozigóticos) até sua implantação na parede uterina, além da probabilidade desse embrião não passar de um amontoado de células, não conseguindo sequer alcançar a parede uterina.¹⁰⁷

Sustenta-se não ser possível saber se houve uma concepção frutífera no momento da fecundação, só podendo “... ser reconhecido a *posteriori* quando se detecta os sinais de uma gravidez viável, de modo que o começo concepcional da vida somente ocorre por inferência *post factum* e é, sempre, um começo virtual...”.¹⁰⁸

5.2.2 Perspectiva biológico-evolutiva

Para esta teoria, a vida se inicia com o aparecimento de sinais morfológicos do embrião ou a partir de um momento determinado do processo de gestação, com os seguintes critérios: nidação/individualização, surgimento da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extra-uterina, nascimento e, por fim, a aquisição de capacidade racional na infância¹⁰⁹.

Esse é o entendimento de Silmara J. A. Chinelato e Almeida¹¹⁰ a seguir expresso:

Somente se poderá falar em ‘nascituro’ quando houver a nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação, é a nidação - momento em que a gravidez começa - que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo, o embrião na fecundação *in vitro*, não se considera nascituro.

Segundo esse entendimento, antes da nidação o ovo humano não é considerado nascituro, e não sendo nascituro não pode ser considerada

¹⁰⁷ FERNANDEZ, Gafo *apud* ROMEO CASABONA. *Ibid.*, p. 150.

¹⁰⁸ KOTTOW, Miguel. **Bioética Del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza la vida humana?** Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 9, N. 2, 2001, p. 27.

¹⁰⁹ KOTTOW, Miguel. *Ibid.*, p. 31.

¹¹⁰ ALMEIDA, Sérgio Abdala *apud* Silmara J A Chinelato e Almeida. *Ibid.*, p. 182.

pessoa. Tal argumento é baseado na escola natalista, que considera o nascituro como parte das vísceras maternas.

Cumprir argumentar que esse é o posicionamento de grande parte da doutrina brasileira, inclusive, é adotado, também, por muitos cientistas, médicos e biólogos. Suas fundamentações ultrapassam o fenômeno da nidação, pois, em seus entendimentos consideram, o início da vida após o surgimento do sistema nervoso central, fato este que ocorre juntamente com a nidação e que se torna fundamental ao se referir à vida humana

A nidação que ocorre no décimo quarto dia após a fecundação, com a implantação do embrião na parede uterina, é que confere uma categoria biológica ao indivíduo que requer unicidade (ser único, visto que até a nidação existe a possibilidade de se formar gêmeos monozigóticos) e unidade (realidade positiva que se distingue de qualquer outra).¹¹¹

Há discordância desta teoria uma vez que a nidação é vista como um estágio obrigatório e não suficiente de per si no processo biológico para o desenvolvimento humano, pois confundem vida humana com o processo biológico animal e vêm, em qualquer fenômeno biológico, a própria vida humana.

No mesmo diapasão a crítica de Maria Auxiliadora Minahim¹¹², indagando o motivo da escolha deste limite para definir a existência do ser humano ao invés de outro critério, como no *“décimo terceiro ou décimo quarto dia, quando aparece a linha primitiva que se cava para formar o canal, ou o décimo oitavo dia, quando começam os movimentos celulares que resultam na placa neural?”*.

Com a formação do tubo neural e adoção do critério morfológico, *“... a partir do décimo quinto dia, associa-se, àquele fenômeno do canal primitivo, um primeiro esboço dos principais órgãos. O embrião inicia, então, sua trajetória para tornar-se feto, assemelhando-se a um bebê...”* Dessa forma, *“... o embrião só integraria à espécie humana a partir do momento em que seu aspecto estrutural apresentasse caracteres morfológicos e anatômicos de seu fenótipo...”*.¹¹³

¹¹¹ ROMEO CASABONA, Carlos Maria. p.149.

¹¹² MINAHIM, Maria Auxiliadora. Ibid., p. 84.

¹¹³ Ibid.

Há, ainda, os que defendam a humanização a partir de uma perspectiva biológico evolutiva que é o início da atividade cerebral no terceiro mês de gravidez, com a constituição dos hemisférios cerebrais, já sendo possível fazer a distinção entre um organismo vivo humano dos demais primatas.

A atividade elétrica do encéfalo ao estabelecer os primeiros níveis de comunicação que dão identidade à pessoa, provocaria uma mudança qualitativa no processo puramente biológico da vida, sendo que o registro desses sinais revelaria o aparecimento da pessoa.

Neste contexto, se o momento de cessação da atividade cortical superior marca o findar da vida humana, "... não parece haver razão suficiente para não adotar igual posicionamento para considerar que, embora em formação, a vida humana já começou. Deste modo, em sentido inverso, o início da atividade cerebral teria o significado do principiar da 'humanidade' de um ser vivo...".

5.2.3 Perspectiva relacional

A presente perspectiva procura um conceito de começo de vida em premissas mais amplas, sem vinculação de conotação moral ou critérios biológicos, como os já supra mencionados.

Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, de caráter laico, subordinado a nenhuma religião, não é permitido ao Estado impor obediência a uma fé religiosa que não corresponda àquela escolhida pelo cidadão.

Dessa forma, o início da vida humana somente ocorre com o estabelecimento do vínculo relacional entre mãe e filho, quando a gravidez passa "a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro".¹¹⁴

¹¹⁴ MATURANA *apud* KOTTOW, Miguel. *Ibid.*, p. 34.

Esta perspectiva relacional trata a mulher como figura determinante no processo reprodutivo, retirando do âmbito puramente biológico, respeitando sua autonomia.

Luigi Ferrajoli¹¹⁵ defende que a procriação não é só um fato biológico, mas também, um ato moral de vontade. Segundo este autor, “é precisamente este ato de vontade, em virtude do qual a mãe encara o feto como pessoa, que segundo esta tese, lhe confere o valor de pessoa: que cria a pessoa”.

A crítica sobre esta perspectiva reside no fato de não estar fixado o momento em que deve ser exercido o ato de vontade da mãe assumindo o projeto existencial do filho.

Luigi Ferrajoli sustenta que três meses a partir da concepção bastaria para que a mãe atribuísse ao filho a qualidade de pessoa. Não teriam estes três meses significado algum no plano biológico, “mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa.”

Em síntese, “o que a perspectiva relacional pretende é resgatar que a aceitação de gerar um novo ser humano seja produto do desejo e de uma decisão consciente, e não ocorra por imposição de valores que os afetados talvez não compartilhem”.¹¹⁶

5.3 Visão religiosa da vida humana

Sendo o direito à vida um dom recebido diretamente de Deus e que os homens são apenas administradores dela, todas as crenças religiosas comungam do caráter sagrado da vida, proibindo-se a intervenção do homem sobre ela. Nesse prisma, é que muitas religiões não aceitam a prática do aborto ainda que o feto seja portador de anomalia.

¹¹⁵ FERRAJOLLI, Luigi. *A questão do embrião entre direito e moral*. Revista do Ministério Público, Lisboa, 2003, ano 24, N. 94, p. 15-16.

¹¹⁶ KOTTOW, Miguel. *Ibid.*, p. 35.

A Igreja Católica não aceitava sequer a interrupção da gravidez para salvar a vida da gestante. O Papa Pio XII, em um discurso no Congresso das Parteiras, em 20/10/1951, ratificando o posicionamento da Igreja Católica de que o direito à vida é recebido imediatamente de Deus e não dos pais, declara:

ser ilegítima qualquer que fosse a intervenção na medida em que não há nenhum homem, nenhuma autoridade humana, nenhuma ciência, nenhuma indicação médica, eugênica, social, econômica, moral, que possa exhibir ou conferir um título jurídico válido para dispor, diretamente e a sabendas, de uma vida humana inocente.¹¹⁷

Durante aproximadamente 18 séculos, a Igreja sustentou pontos de vistas conflitantes sobre o aborto, na medida em que não se estabelecia o exato momento em que a alma seria incorporada ao produto da gestação. A tese sobre a animação imediata ou retardada, o que segundo Santo Agostinho – com lastro na doutrina aristotélica –, o aborto só seria delito em se tratando de feto animado, o que ocorria quarenta ou oitenta dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino...¹¹⁸

Continua Santo Agostinho a sustentar que o Direito Canônico reprovava o aborto pela perda da alma do nascituro pelo fato de morrer sem ter sido batizado. O Papa Sixto V, 1588, determinou que as penas, temporais e espirituais, atribuídas ao homicídio seriam também ao aborto, independente da idade do feto. O Papa Gregório XIX retomou a posição anterior e atenuou a pena eclesiástica que incidira somente no caso de feto animado.¹¹⁹

Só a partir de 1869, com a Encíclica *Apostolicae Sedis* do Papa Pio IX, “é que se eliminou a referência a fetos inanimados, trazendo como consequência a sanção canônica da excomunhão para o indivíduo que cometa qualquer interrupção da gravidez, inclusive nos primeiros estágios da gestação.”

¹¹⁷ MAMMANA, Caetano Zamitti. *Ibid.*, p. 486.

¹¹⁸ PRADO, Luis Regis. *Ibid.*, p. 106.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 107.

Várias foram as Encíclicas nas quais a Igreja Católica consagrou sua posição vigorosa condenando o aborto, as quais, por sua vez, exerceram forte influência nas legislações. A título ilustrativo, temos a *Casti Conubii* (1930), de Pio XI; *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII; *Humanae Vitae* (1968), de Paulo VI, a qual condenava inclusive o aborto por razões terapêuticas e em razão de estupro. O Concílio Vaticano II condenou o aborto com grande severidade: “A vida deve, pois, ser salvaguardada com extrema solícitude, desde o primeiro momento da concepção; o aborto e o infanticídio são crimes abomináveis”. Esta posição foi seguida e reforçada na encíclica *Evangelium Vitae* (1995), de João Paulo II, que também condenou quaisquer intervenções sobre embriões humanos.

Pela premissa de que a vida inicia-se com a fecundação do óvulo, um embrião é uma “vida” e deve ser respeitado e protegido desde o seu início, ou seja, a concepção.

Em 1995 a Igreja Católica, através do Papa João Paulo II em sua Encíclica “*Evangelium Vitae*”¹²⁰ defende a vida em todos os seus aspectos com importantes pontos e observações sobre o início, a concepção e a preservação da vida do embrião, e sempre incriminando o aborto, a Encíclica prega que o ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção, vejamos alguns trechos:

45. A revelação do Novo Testamento confirma o reconhecimento indiscutível do valor da vida desde os seus inícios. **A exaltação da fecundidade** e o trepidante anseio da vida ressoam nas palavras com que Isabel rejubila pela sua gravidez: ao Senhor “aprouve retirar a minha ignomínia” (Lc 1, 25). Mas o valor da pessoa, desde a sua concepção, é celebrado ainda melhor no encontro da Virgem Maria e Isabel e entre as duas crianças, que trazem no seio. São precisamente eles, os meninos, a revelarem a chegada da era messiânica: no seu encontro, começa a agir a força redentora da presença do Filho de Deus no meio dos homens. “Depressa se manifestam — escreve Santo Ambrósio — os benefícios da chegada de Maria e da presença do Senhor. (...) Isabel foi a primeira a escutar a voz, mas João foi o primeiro a pressentir a graça. Aquela escutou segundo a ordem da natureza; este exultou em virtude do mistério. Ela apreendeu a chegada de Maria; este, a do Senhor. A mulher ouviu a voz da mulher; o menino sentiu a

¹²⁰ Papa João Paulo II. Carta Encíclica *Evangelium Vitae* – 25 de março. Solenidade da Anunciação do Senhor, do ano 1995, décimo sétimo Pontificado. IONNES PAULUS PP. II. Disponível em: <http://damienhighschool.org/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documentos/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em: 09 nov. 2009.

presença do Filho. Aquelas proclamam a graça de Deus, estes realizam-na interiormente, iniciando no seio de suas mães o mistério de piedade; e, por um duplo milagre, as mães profetizam sob a inspiração de seus filhos. O filho exultou de alegria; a mãe ficou cheia do Espírito Santo. A mãe não se antecipou ao filho; foi este que, uma vez cheio do Espírito Santo, o comunicou a sua mãe". 36

53. A vida humana é sagrada, porque, desde a sua origem, supõe "a acção criadora de Deus" e mantém-se para sempre numa relação especial com o Criador, seu único fim. Só Deus é senhor da vida, desde o princípio até ao fim: ninguém, em circunstância alguma, pode reivindicar o direito de destruir directamente um ser humano inocente". 41 Com estas palavras, a Instrução *Donum vitae* expõe o conteúdo central da revelação de Deus sobre a sacralidade e inviolabilidade da vida humana.

"Vossos olhos contemplaram-me ainda em embrião" (Sal 139 138, 16): o crime abominável do aborto - 58. Dentre todos os crimes que o homem pode realizar contra a vida, o aborto provocado apresenta características que o tornam particularmente grave e abjurável. O Concílio Vaticano II define-o, juntamente com o infanticídio, "crime abominável". 54

A Pontifícia Academia para a Vida, criada por João Paulo II, dedicou toda a sua III Assembléia Geral, realizada em fevereiro de 1997, na Cidade do Vaticano, ao estudo discussão da Identidade e Estatuto do Embrião Humano.

A Igreja Católica, em princípio, condenava o aborto necessário (ou seja, a interrupção da gestação quando não há outro meio de salvar a vida da gestante), por acreditar que a morte do nascituro, sem o sacramento do batismo, implicaria na perdição daquele ser, que ficaria excluído do Reino de Deus. Porém, refez seu entendimento na Encíclica *Casti Connubii*, de Pio XI onde passou a tolerar o aborto necessário.¹²¹

No século XX, por ocasião da publicação da Encíclica *Humanae Vitae* (1968), tornou-se intensa e pública a discordância entre os católicos sobre as questões relativas à sexualidade e à procriação.

De acordo com a visão genética, a vida humana tem início na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é

¹²¹ HUNGRIA, Nelson. *Ibid.*, p. 234.

criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais de qualquer outro. É também opinião da Igreja Católica.

Em suma, no Catolicismo a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser pleno e não um ser humano em potencial. Por mais de uma vez o Papa Bento XVI reafirmou a posição da Igreja Católica contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o Papa, o ato de “negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano”.¹²²

No hinduísmo, a alma e a matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos, a mãe, o pai, o feto e a sociedade.¹²³

Ad argumentandum tantum, tratando de um tema correlato que permanece até os dias atuais que é o uso de meios contraceptivos, muitos sacerdotes individualmente e vários episcopados, dentre eles, Áustria, Bélgica e França, “orientaram seus fiéis no sentido de que se considerassem livres para seguir sua consciência, pois não se tratava de dogma de fé”.¹²⁴

Outrossim, no tocante a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, a Igreja Católica também mantém seu posicionamento contrário a esta prática.

No que se refere a Doutrina Espírita, esta só admite o aborto necessário. Allan Kardec esclarece que “a união da alma com o corpo começa na concepção” e se o corpo escolhido morrer antes do nascimento, “ele escolhe outro corpo”. E perguntado se haveria crime em sacrificar a criança para salvar a vida da mãe, quando a vida desta estivesse em perigo, ele responde: “é preferível sacrificar o ser que não existe ao ser que já existe”.¹²⁵

Eliseu F. Mota Jr. menciona que a má-formação fetal, para o espiritismo, não admite a prática abortiva, uma vez que está ligada a “débitos progressos da entidade reencarnante, com o prévio conhecimento dos pais no período da erraticidade, ou mesmo durante o sono. Se o aborto eugênico for

¹²² MUTO, Elisa.; NATLOCH, Leandro. **Vida: o primeiro instante**. Revista Superinteressante – Ciências. Editora Abril, Edição 219, Nov. 2005, p. 61.

¹²³ Ibid., p. 61.

¹²⁴ NUNES, Maria José F. Rosado. Ibid., p. 29.

¹²⁵ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20.

consagrado, será impossível a esses espíritos endividados o acerto de suas contas com a lei divina ou natural.”¹²⁶

No Judaísmo, acredita-se que torna pessoa um mês após o nascimento, sendo ainda que “o fato de não existir uma autoridade máxima ditando todas as regras de conduta faz com que os judeus possam ter liberdade sobre sua própria consciência.”¹²⁷

Para os credos protestantes os pastores batistas, metodistas, presbiterianos, episcopais, luteranos e unitários, reportando-se a inquérito norte-americano em que se pronunciaram, “afirmam que a posição protestante é muito menos rígida que a católica, pois dá maior importância a vida materna, além de afirmar que o problema do aborto deva ser examinado e resolvido entre médico e paciente.”¹²⁸

Quanto ao Sagrado Alcorão, disse Allah:

Criamos o homem de essência de barro. Em seguida, fizemo-lo uma gota de esperma, que inserimos em um lugar seguro. Então, convertemos a gota de esperma em algo que se agarra, transformamos esse algo em feto e convertemos o feto em ossos; depois, revestimos os ossos de carne; então, o desenvolvemos em outra criatura. Bendito seja Deus, Criador por excelência. (Surata n.23:12-14)

E eis um dito do Profeta Saas que se junta ao versículo alcorânico acima especificando os períodos da gestação humana. Foi relatado por Ibn Massu'd: "Em verdade qualquer um de vocês é conformado no útero de sua mãe quarenta dias em esperma, e depois é transformado em um coágulo (alqaah) permanecendo assim o mesmo período (40 dias), e depois é transformado em 'uma substância mastigada' (mudghah) permanecendo assim o mesmo período (40 dias), depois é enviado sobre ele um anjo que lhe assopra o espírito, e lhe decreta quatro questões: o se sustento, a sua existência, os seus atos e se será um desventurado ou venturoso..."

¹²⁶ MOTA JR., Eliseu Florentino. **Aborto à luz do espiritismo**. Matão: O Clarim, 1995. p. 65.

¹²⁷ SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta. **O aborto: um resgate histórico e outros dados**. Disponível em: <<http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>>. Acesso em: 01 jun. 2006.

¹²⁸ PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 81.

Para o Alcorão é confirmada a vida real do feto após 120 dias de sua fecundação no útero materno.¹²⁹

5.3.1 A Imaculada Concepção

"Propõe-te por modelo a gloriosa Virgem, cuja pureza foi tal que mereceu ser a Mãe do Senhor". São Jerônimo

"Certamente Tu (Cristo) e tua Mãe sois os únicos que haveis sido totalmente formosos; pois em Ti, Senhor, não há defeito, nem em tua Mãe mancha alguma". Santo Efrém da Síria

Tendo em vista a explanação sobre o início da vida, trazemos a conhecimento a Imaculada Concepção, ou seja, a concepção de Maria sem a mancha do pecado original.

Nem mesmo a Igreja Católica foi capaz de definir com precisão o início da vida, ou seja, no contexto de apontar quando um feto adquire vida, sentimentos, percepção, se torna uma pessoa. Assim, a grande discussão da Igreja, filósofos e estudiosos da antiguidade para definir ser a Virgem Maria livre do pecado original. A grande discussão gira em torno do momento em que Maria foi purificada, ou seja, na fecundação, após feto em formação, depois do nascimento ou mesmo, Deus, com a sua infinita força e poder já teria retirado de Maria a mancha do pecado no plano espiritual?

Vejamos então o que vem a ser a Imaculada Concepção.

Imaculada, significa sem mácula ou mancha; limpo e puro; Inocente. E concepção é o ato ou efeito de conceber ou gerar (no útero). Portanto, Imaculada Concepção, significa gerar no útero sem mancha, pura (a referência é claro, sugere à Virgem Maria).

A Imaculada Conceição é segundo o dogma católico proclamado em 1854¹³⁰, a concepção da Virgem Maria sem mancha ("*mácula*" em latim) do

¹²⁹ CENTRO CULTURAL BENEFICENTE ISLÂMICO DE FOZ DO IGUAÇU. **Do que se forma o feto**. Disponível em: <www.islam.com.br>. Acesso em: 09 nov. 2009.

¹³⁰ COTIA NET SP – Romaria & Caucaia. **Dogma da Imaculada**. Disponível em: <<http://www.cotianet.com.br>>.

pecado original. O dogma diz que, desde o primeiro instante de sua existência, a Virgem Maria foi preservada por Deus, da falta de graça santificante que aflige a humanidade, porque ela estava cheia de graça divina. Também professa que a Virgem Maria viveu uma vida completamente livre de pecado.¹³¹

Reza o dogma católico que a Bem-aventurada Virgem Maria, desde o primeiro instante de sua concepção, foi preservada da nódoa do pecado original, por privilégio único de Deus e aplicação dos merecimentos de seu divino Filho.¹³²

O dogma abrange dois pontos importantes:¹³³

- a) O primeiro é ter sido a Santíssima Virgem preservada da mancha original desde o princípio de sua concepção. Deus abrogou para ela a lei de propagação do pecado original na raça de Adão; ou por outra, Maria foi cumulada, ainda no começo da vida, com os dons da graça santificante.
- b) No segundo, vê-se que tal privilégio não era devido por direito. Foi concedido na previsão dos merecimentos de Jesus Cristo. O que valeu a Maria este favor peculiar foram os benefícios da Redenção, na previsão dos méritos de Jesus Cristo, que já existiam nos eternos desígnios de Deus.

Para a Igreja Católica fundamentar o Dogma da Imaculada Conceção baseou-se no pecado original transmitido a todos por Adão, pois nesta época acreditava-se que os filhos eram concebidos apenas pelo homem, não era conhecida a existência do óvulo.

A Imaculada Conceção desenvolve-se pela existência do Pecado Original, que faz parte da doutrina cristã e, entre outros objetivos, pretende dar explicações sobre a origem da imperfeição humana, do sofrimento e da existência do mal. Segundo esta doutrina, e baseando-se no relato bíblico do livro do Gênesis, os primeiros seres humanos e antepassados da humanidade, Adão e Eva, foram advertidos por Deus de que não deveriam

¹³¹ WIKIPEDIA – A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Imaculada>>.

¹³² LEPANTO – Frente Universitária & Estudantil. Disponível em: <<http://www.lepanto.com.br>>.

¹³³ Ibid.

comer o fruto da árvore proibida, o que fizeram tendo sido instigados pela serpente, tendo Eva aceitado a instigação primeiro e oferecido a fruta a Adão, que aceitou. A afirmativa é baseada nas escritas Bíblicas, que não explicam exatamente o que seria este pecado. A partir daí então todos que nascessem carregariam consigo em sua alma a mancha do pecado e o corpo carnal pagaria com sofrimento e imperfeições de todos os tipos (surge assim a dor, as perturbações e a morte sofrida).

Na perspectiva psicanalista foi sugerido que o pecado mencionado no Gênesis teria sido o ato sexual. Esta explicação não encontra, contudo, raízes nas tradições judaicas pré-cristãs, em que a união carnal entre o homem e a mulher foi estabelecida por Deus quando ordenou, cresci, multiplicaí e enchei a terra.¹³⁴

Considerando o ato sexual entre o homem e a mulher o pecado original, sabemos hoje que ocorreu então a primeira fecundação de um óvulo, o primeiro embrião formado dentro de um útero feminino. Para a Igreja Católica os fetos eram concebidos por meio de um pecado, todos seriam manchados pelo mal.

Santo Agostinho (séc. V) difunde que o pecado de Adão tornara-se o pecado original que é transmitido através do pai. A comunicação do pecado original implica a perda de uma série de dons preternaturais, isto é, que não eram devidos à natureza. O pecado original, por ser um pecado universal, é um pecado inscrito na natureza. Este operou uma distorção humana, dando origem, diz Santo Agostinho, à concupiscência, isto é, os apetites desordenados nos seres humanos. A concupiscência significa a distorção operada pelo pecado de Adão no que se refere ao domínio corporal.

No que se refere à alma, a consequência do pecado manifesta-se numa mancha. Ao contactar com o corpo corrompido (*infectio carnis*), a alma fica manchada. Segundo Santo Agostinho, a mancha do pecado original apenas é limpa pelo batismo.

Esta noção agostiniana de pecado vai marcar o pensamento da Igreja até ao Concílio Vaticano Segundo.

O dogma da Imaculada Conceição foi pensado partindo desta visão do pecado original.

¹³⁴ WIKIPEDIA- A enciclopédia livre. **O pecado original**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org>>.

Maria fora escolhida por Deus para gerar em seu ventre o Filho de Deus, que seria “concebido” pelo poder do Espírito Santo:

“Você ficará grávida e dará à luz um filho, e lhe porá o nome de Jesus. [...] Será chamado Filho do Altíssimo.” Maria pergunta ao anjo Gabriel: “Como acontecerá isso, se sou virgem [literalmente: se não conheço homem]?” O anjo respondeu: “O Espírito Santo virá sobre você, e o poder do Altíssimo a cobrirá com a sua sombra. Assim, aquele que nascer será chamado santo, Filho de Deus”.¹³⁵

Maria deveria ser pura, livre da mancha do pecado original, pois já estava predestinada a ser a mãe o Salvador, Jesus. O Filho de Deus não poderia herdar o pecado de Adão.

A virgem engravidará e dará à luz um filho... Mas José não teve relações com ela enquanto ela não deu à luz um filho. E ele lhe pôs o nome de Jesus.¹³⁶

O primeiro testemunho, Proto-evangelho de Tiago¹³⁷, do séc. II. Um anjo terá dito a Santa Ana, estéril: “Conceberás e dará à luz; em toda a terra, se falará da tua descendência”. São Joaquim, que estava no deserto, recebeu aí a mensagem de outro anjo: “Joaquim, o Senhor Deus ouviu tua oração. Desce daí tua esposa Ana concebeu em seu seio”. Ana concebeu milagrosamente sua filha Maria. Esta notícia não é tida como fidedigna, mas exprime no séc. II a consciência, dos cristãos, de que a concepção de Maria foi diferente da dos demais seres humanos .

Ocorre que a Igreja Católica não conseguia explicar quando e como Maria havia sido purificada, limpa do pecado original. Foi em sua concepção, foi na sua alma? Aliás, a mãe de Maria, Ana, era manchada pelo pecado. Para os teólogos dos primeiros séculos apenas Cristo não herdou as consequências do pecado de Adão em virtude deste não ter tido pai humano. Nesta altura pensava-se que as consequências do pecado de Adão se transmitiam de modo genético através do pai. Como Maria teve pai humano, tinha que ter herdado as consequências do pecado de Adão.

Nos séculos segundo e terceiro ainda não havia entre os cristãos qualquer idéia de Maria como mulher isenta das consequências do pecado de

¹³⁵ Evangelho de São Lucas 1:26-35.

¹³⁶ Evangelho de São Mateus 1:23-25.

¹³⁷ VI 1 e 2.

Adão. Isto significaria fazer dela uma exceção estranha no conjunto dos seres humanos.¹³⁸

Os Santos padres falavam de Maria, a santificada, e não de Maria, a Imaculada. É esta ainda hoje a linguagem e a interpretação da Igreja Ortodoxa.

No pensamento dos teólogos dos primeiros séculos, Maria foi fruto de uma concepção humana normal. Isto que dizer que ela, tal como acontece com os demais seres humanos, sofreu a *infectio carnis*, isto é, a distorção e enfermidade do pecado de Adão.

Isto era aceito sem qualquer dificuldade, pois se o Espírito Santo operou a santificação de João Baptista enquanto este permaneceu no seio materno, com muito mais razão o teria feito em relação à mãe de Jesus.

Na Idade Média, S. Boaventura e S. Alberto Magno começam a dizer que a santificação de Maria no seio materno aconteceu logo no momento da infusão da alma no corpo de Maria. Contudo não se explicava com exatidão quando isso acontecia. Para a Bíblia, não existe o momento da animação ou da infusão da alma.¹³⁹

No século XI, para os pensadores, a Conceição significava o momento em que a alma era infundida no feto. Alguns teólogos diziam expressamente que Maria fora santificada por Deus no momento da animação ou infusão da alma. João Duns Scoto, da escola franciscana, começa a falar da animação ou infusão da alma logo que o sêmen masculino penetra nas vias maternas da mulher. Como consequência, a santificação de Maria coincide com o momento da fecundação. Isto leva os teólogos franciscanos da Idade Média a anteciparem a Imaculada Conceição para o momento da fecundação.

Maria é isenta do pecado de Adão no momento da sua concepção.

Desde então os franciscanos começam a pregar na Europa a doutrina de Maria Imaculada ou isenta do pecado de Adão desde o primeiro momento da sua concepção. Maria não precisou ser santificada, pois foi isenta do pecado original e, portanto, cheia de Graça desde a sua Conceição.

¹³⁸ MATIAS, Calmeiro. **A imaculada concepção de Maria**. Disponível em: <<http://www.calmeiro-matias.com/aimaculadacomceicaodemaria.htm>>.

¹³⁹ MATIAS, Calmeiro. **A imaculada concepção de Maria**. Disponível em: <<http://www.calmeiro-matias.com/aimaculadacomceicaodemaria.htm>>.

A doutrina da Imaculada Conceição começa a delinear-se na Europa a partir do século XI. Neste período, começa a celebrar-se na Inglaterra a festa da Imaculada Conceição de Maria. Muito antes de se fazerem estas afirmações na Igreja Católica já a Igreja Ortodoxa celebrava a festa litúrgica da santificação de Maria.

Pela evolução do conhecimento humano sobre as ciências biogenéticas verificou-se que a visão sobre a reprodução humana estava errada, pois pensavam que apenas o homem terá responsável pelo embrião.

No século 4 a.c., Aristóteles escreveu um tratado de embriologia, sendo considerado seu fundador. Para ele só existia uma semente: a masculina, que contém o princípio da vida. A mulher seria colaboradora apenas, a nível do crescimento do embrião, pelo sangue menstrual.¹⁴⁰

Com a descoberta do óvulo mamífero em 1824, concluiu-se que tanto a mãe como o pai transmitia herança genética aos filhos. A participação na procriação dos filhos era igualmente partilhada entre o homem e a mulher.

Porém, a Igreja não altera os pressupostos que baseavam o pecado original quanto a sua transmissão. Na época as questões científicas não eram por parte dos teólogos creditadas em sua verdade, e muitas vezes eram consideradas idéias incrédulas e sem qualquer fundamento, tudo a justificar a doutrina religiosa. Desta forma, esses argumentos foram usados para se manter o conceito literal e inicial do dogma da Imaculada Conceição de Maria.

São Paulo, tal como o evangelho de São João, insiste em que o dado biológico não toma parte no Reino de Deus.¹⁴¹ O que nasce da carne é carne, acrescenta o evangelho de São João. Apenas o que nasce do Espírito pertence à esfera espiritual da vida definitiva do Reino.¹⁴²

Desse modo, se reduz a uma questão biológica a questão da Imaculada Conceição. E aos 8/12/1854, sem qualquer menção da biogenética, Pio IX proferiu a definição dogmática:

¹⁴⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Imaculada Conceição: Nascendo *in vitro* e morrendo *in machina***. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 29.

¹⁴¹ (1 Cor 15, 50; cf. Jo 6, 63).

¹⁴² (Jo 3, 6).

Declaramos, pronunciamos e definimos que a doutrina que ensina que a Bem-aventurada Virgem Maria, no primeiro instante da sua concepção, por singular graça e privilégio de Deus Todo-Poderoso e em vista dos méritos de Jesus Cristo, Salvador do gênero humano, foi preservada imune de toda mancha da culpa original, é revelada por Deus e, por isto, deve ser professada com firme e constante por todos os fiéis.¹⁴³

Conclui-se pelo exposto, que a Imaculada Conceição de Maria, foi um dogma criado de forma obrigatória pela Igreja para justificar aos fieis toda a importância de Maria como Mãe de Jesus Cristo. A mãe do Filho de Deus deveria ser puríssima, e então livre do pecado original para justificar toda a sua grandeza.

No início tendo em vista o grau de desenvolvimento humano da época principalmente na esfera das ciências e da genética a construção Bíblica fora incontestável. Contudo, a evolução científica e do conhecimento sobre a reprodução humana geraram grandes indagações sobre a pureza de Maria.

Surgiram as primeiras teorias sobre a concepção dos fetos, o início da vida humana dentro do ventre materno, buscando-se responder quando Deus livrou Maria de sua mancha original inerente a todos os seres da Terra.

Descobriu-se, com os tempos, a participação da mulher na geração dos fetos, o sêmen masculino deixou de ser o único responsável, surge o óvulo materno. Há então a divisão da herança genética aos filhos.

Mesmo hoje, com a grande evolução humana e científica, prevalece com toda a sua força o Dogma da Imaculada Conceição de Maria definido pela Igreja e aceito por todos os fieis. Maria, para a teologia fora purificada através de um ato divino, uma força maior, quando da sua concepção, ou seja, da penetração do sêmen dentro do corpo da mulher e seu encontro com o óvulo.

Deste dogma extraímos que para a Igreja não importam as teorias da ciência sobre o início da vida humana, há uma definição concreta para o

¹⁴³ Portal ds Congregações Marianas no Brasil. **Mariologia**. Aprofundamento teológico: A imaculada concepção. Disponível em: <http://www.salvemaria.org.br/index.php?system=news&news_id=228&action=read>.

momento, sem base em pesquisas científicas. A vida inicia-se a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide dentro do útero materno, não havendo outra forma de reprodução humana. Assim, mesmo que Ana predestinada a dar à luz a uma menina que seria a mãe de Deus, mancharia a criança com o pecado original e Deus, quando da fecundação do óvulo de Anna interveio para purificar aquele feto de todo o pecado original.

5.4 A Bioética e a vida humana

A Bioética é uma ciência que veio para nos auxiliar a entender o que é correto ou não, em relação à vida humana.

Escreve a professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos em sua obra a Imaculada Conceção:

Em 1971, Potter propunha o nome bioética para uma nova disciplina que, ao unir os valores éticos com os fatos biológicos, servisse de ponte entre as duas culturas. Sem embargo, os fatos biológicos são inseparáveis dos valores éticos. A bioética relaciona nossa própria natureza biológica ao conhecimento do mundo biológico, formulando propostas e políticas que visam a sobrevivência humana e a melhoria da qualidade de vida. Rensselaer Van Potter – Bioethics: bridge to the future (Prentice may, Biological Science Seris, New Jersey, Englewood Cliffs, 1971).¹⁴⁴

Stella Maris Martínez assim define a Bioética:¹⁴⁵

Situamos a Ética e o Direito no lugar privilegiado que lhes cabe para que possam cumprir o seu papel de disciplinas elaboradoras de critérios guias para toda a sociedade. A primeira destas ciências deu à luz um ramo auxiliar, a Bioética, que é formalmente uma subdisciplina do saber ético, do qual recebe o estatuto epistemológico básico e com o qual mantém uma relação de dependência justificadora e orientadora. Os conteúdos materiais são proporcionados a bioética pela

¹⁴⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Imaculada Conceção: Nascendo *in vitro* e morrendo *in machina***. Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no Direito Penal comparado. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 93.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 14.

realidade do cuidado a saúde e pelos dados das ciências da vida, como a biologia, a medicina, a antropologia, a sociologia.

Para a utilização das novas técnicas e conhecimentos fornecidos pelas ciências biológicas aos bioeticistas e à sociedade, estes é que vão avaliar pela sua utilização ou não, através dos princípios, dogmas, costumes e juízos de valores é que a sociedade estimulará ou não a implementação dos novos conhecimentos e técnicas.

A bioética liga o jurista à compilação de novas normas jurídicas, e entender se o que a sociedade entende como certo está trazendo prejuízo à própria. O direito como sendo uma ciência social em que estuda e regula as normas de conduta, também está inteiramente aberto a bioética, que lhe auxilia em suas diretrizes quando trata sobre a vida, pois, o direito interage com todas as outras ciências.

Os assuntos da Bioética são importantes para todas as pessoas, porque cientistas e profissionais da saúde existem para “atender” às necessidades das pessoas; todas, portanto, tem o direito de conhecer bem os procedimentos e o grau de risco, e então fazer sua escolha.

A Bioética é uma nova ciência que pode ser usada por todos até mesmo pelos juristas, visa ela, resguardar os direitos concernentes à criação, interrupção e manipulação genética dos seres humanos.

Através da Bioética será possível entender questões relativas ao aborto, aprofundando-se em temas ligados ao pensamento da sociedade sobre a repugnância ou não deste ato. Levando-se em consideração questões religiosas, filosóficas, médico-biológicas e jurídicas. Esta ciência auxiliará os juristas nas decisões e na criação de normas jurídicas adequadas à sociedade atual.

5.5 Proteção jurídica da vida humana

Faz-se necessário determinar a partir de quando e até que ponto a vida recebe proteção no ordenamento jurídico nacional.

Tratando-se de um Estado Democrático de Direito, as políticas públicas devem ser laicas, resguardando-se sempre os direitos e garantias fundamentais, afastadas de qualquer crença, assegurando a cada indivíduo ou cidadão a liberdade religiosa e o direito a não ser submetido a decisões embasadas em princípios religiosos, filosóficos, ideológicos etc.

No Brasil, a vida humana intrauterina é protegida com menos intensidade do que a vida extrauterina, isto constatado pelas próprias penas previstas nos tipos penais.

Daniel Sarmiento¹⁴⁶ aponta a diferença como “fortemente arraigada no sentimento social”. Procura explicar que “por mais que se trate de um fato extremamente doloroso para a maioria das famílias, o evento não costuma representar sofrimento comparável à perda de um filho já nascido, pois a percepção geral é a de que a vida vale muito mais depois do nascimento”.

Procurando justificar cientificamente o argumento supra, sustenta Daniel Sarmiento que até a formação do córtex cerebral, isto no segundo trimestre de gestação, “o nascituro não é capaz de qualquer tipo de sentimento ou pensamento”¹⁴⁷, o que justificaria a diferença na valoração entre a vida humana intra e extrauterina, já que o nascituro, embora já possua vida, não é ainda pessoa.

Há divergência no cenário jurídico nacional quanto ao momento de início da vida humana e proteção jurídico-penal. No sentido majoritário de haver vida humana a partir da concepção estão Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Euclides Custódio da Silveira, Cezar Roberto Bitencourt, José Henrique Pierangeli, Paulo José da Costa Junior e Álvaro Mayrink da Costa. Nesse sentido, Hungria¹⁴⁸ asseverou que “o código ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica) provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto”.

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Ibid.*, p. 146

¹⁴⁷ *Ibid.*.

¹⁴⁸ Hungria *apud* FRANCO, Alberto Silva. **Algumas questões sobre o aborto**. Revista ICP – Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 1, 2006.

Diferente é a doutrina de Heleno Cláudio Fragoso¹⁴⁹, para quem “a lei não especifica o que se deva entender por aborto, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação”. Desta forma, seria crime no período compreendido a partir da implantação do ovo no útero materno até o início do parto. Da mesma forma os ensinamentos de Regis Prado quando afirma que “o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno”. Compartilham deste entendimento Rogério Greco e Celso Delmanto.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 2º, traz expressamente que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (Lei n.º 10.406/02, art. 2º). Discorrendo sobre o dispositivo supra, Silvio Salvo Venosa¹⁵⁰ assevera “o fato do nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito”.

Do ponto de vista constitucional, a Constituição Federal garante a todos o direito à vida, não fazendo qualquer menção expressa à proteção da vida humana desde a concepção.

J. J. Canotilho e Vital Moreira¹⁵¹ afirmam que “enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa.” Porém, ressaltam que “a proteção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento”, e, por fim, “os meios de proteção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de proteção da vida intra-uterina”.

¹⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Ibid.*, p. 50.

¹⁵⁰ VENOSA, Silvil Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 160.

¹⁵¹ CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital *apud* SARMENTO Daniel. *Ibid.*, p. 146.

No mesmo sentido Alberto Silva Franco¹⁵² assevera que não obstante o texto constitucional nada dizer a respeito do não nascido, “tudo está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição se obriga a tutelar de forma que não sofra violação”, vinculando também “ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se exige do Estado o dever de respeitar a vida humana, e, nessa circunstância, uma vida em formação representará, num momento determinado do processo de gestação, um valor merecedor de tutela”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos ou ‘Pacto de São José da Costa Rica’, ratificada pelo decreto legislativo 678/92, no seu art. 4º, inciso I, sustenta que “*toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*”.

Contudo, de acordo com Alberto Silva Franco¹⁵³, o Pacto de San José da Costa Rica “não estabeleceu nenhum dever de criminalização ao Poder Legislativo dos Estados conveniados, ao dispor que a vida deve ser protegida desde o momento da concepção”. Diz ainda que “a exigência dessa tutela não está adstrita, com exclusividade, ao direito penal e, portanto, à figura típica do aborto”. Isso em razão do caráter subsidiário do Direito Penal. Aduz que pretender a tutela penal a partir da concepção é algo que não decorre, de forma explícita, do texto do referido pacto.

Para Daniel Sarmiento,¹⁵⁴ ainda que a proteção da vida se inicie no momento da concepção, “a tutela da vida anterior ao parto tem de ser menos intensa do que a proporcionada após o nascimento, sujeitando-se, com isso, as ponderações de interesses envolvendo outros bens constitucionalmente protegidos, notadamente os direitos fundamentais da gestante”. sendo esta a razão para a adoção da expressão “em geral”, ato que “revela com nitidez que as partes celebrantes do tratado não quiseram conferir à vida intra-uterina uma proteção absoluta”.

Luis Regis Prado assevera que o termo inicial para a prática do aborto é a gravidez que ocorre definitivamente com a nidação, que é a fixação

¹⁵² FRANCO, Alberto Silva. Ibid., p. 24.

¹⁵³ FRANCO, Alberto Silva. Ibid., p. 38.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Ibid., p. 148.

do óvulo fecundado no endométrio (útero materno). Para corroborar com a afirmativa elucida que existem pílulas anticoncepcionais (anovulatórios orais) que impedem a ovulação por modificações feitas na composição do muco cervical. Impede-se assim a concepção. Outras atuam após a concepção, obstando a implantação do ovo na cavidade uterina. Essa fixação pode também ser impedida pela ação dos Dispositivos Intra-Uterinos (DIU). As pílulas que agem após a concepção e os DIUs, por não impedirem a própria concepção, “seriam abortivos” (e não anticoncepcionais) se por aborto se entendesse a interrupção da gravidez quando da concepção.¹⁵⁵

A afirmação de que até que não esteja completa a fixação, não há gravidez. O resultado da adoção desta teoria traz considerações diferenciadas, com relação a teoria da fecundação, como assim descreve Stella Maris Martínez:

Recordemos que esta temática adquiriu particular relevância no tocante à avaliação de certos métodos de controle da natalidade, já que, adotada esta teoria, todos os sistemas que impedem a fixação do óvulo fecundado (seja por meios mecânicos, ou pela ingestão de hormônios, ou outro tipo de drogas) serão considerados anticonceptivos, mas não abortivos; ao contrário, para os defensores da tese da fecundação, vedar, por qualquer meio, a fixação do embrião, configura-se uma manobra abortiva.¹⁵⁶

5.5.1 Proteção jurídica do embrião “*in vitro*”

A proteção do embrião “*in vitro*” não tem acompanhado os novos tempos, o próprio Código Civil não abrange o embrião *in vitro* em seu artigo 4º, a proteção civil remete a aquisição de personalidade civil do homem.

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.

¹⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso Brasileiro de Direito Penal**. v. 2, Parte Especial, Arts. 121 a 183. 5 ed. Ver., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998, p. 84.

Na área do Direito Constitucional, podemos ter como parâmetro para responder a proteção do embrião *in vitro* os princípios da vida e da dignidade humana, elencados no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

No Brasil, hoje, não há qualquer legislação infraconstitucional que regulamente o assunto do ponto de vida jurisdicional, em lei especial.

Atualmente, o que se tem conhecimento são as resoluções e o Código de Ética Médica que regulam tal procedimento somente em esfera administrativa, restringindo-se somente à comunidade médica, não tendo qualquer responsabilidade administrativa e jurídica o Estado e os outros agentes que participam na consecução desta técnica médica.

O Estatuto do Embrião (Lei n. 8.974, de 1995), por exemplo, ignorou totalmente a questão dos embriões remanescentes. O que ele fez foi sistematizar acerca das pesquisas científicas envolvendo embriões humanos.

O que se deve questionar é como construir o assunto na esfera jurídica. Como tratá-lo como um bem jurídico, passível tanto de tutela na esfera civil como penal e em legislação especial.

Conforme se verá no tópico seguinte, o STF não protege os embriões "*in vitro*". Conforme o relator, em tal caso não existe pessoa humana "nem mesmo como pura potencialidade". Tal embrião excedentário "é algo que jamais será alguém". Despojado de proteção legal e constitucional, nada impede que ele seja destruído e usado para pesquisa ou terapia.¹⁵⁷

Para o ministro, o lugar onde se deu a fecundação é fundamental para se decidir se o embrião goza ou não de alguma proteção. O ovo de tartaruga goza de proteção penal porque ele "*saiu do corpo da mãe, já com todas as suas características genéticas. Ao passo que o que saiu da mulher não foi um embrião, foi um ovo singelo, sem fecundação. As características genéticas vêm com a fecundação, mas no caso ela não se deu no corpo da mulher*".¹⁵⁸

O Supremo Tribunal Federal decidiu que o embrião humano fertilizado *in vitro* é coisa, e não pessoa. Essa "coisa" ou "material biológico"

¹⁵⁷ Voto do Relator Carlos Ayres ADI 3510, n. 56, p.61.

¹⁵⁸ Ibid.

ainda requer alguma proteção legal (como a proibição de sua comercialização), mas, segundo o tribunal, tal proteção já está presente no artigo 5º da Lei de Biossegurança. Ainda segundo a maioria, não é necessário um órgão federal para fiscalizar as “pesquisas”. Seria suficiente uma “autofiscalização” exercida pelos comitês de ética das próprias instituições, já prevista no parágrafo segundo do referido artigo.

5.5.2 O Supremo Tribunal Federal e o julgamento da Lei de Biossegurança

A evolução da sociedade, da tecnologia, da medicina e outras áreas nos levam a grandes transformações que devem ser reguladas pelo Direito, possibilitando a vida em sociedade de forma organizada. Desta forma é que leis, como a da Biossegurança, são editadas. A seguir, uma breve exposição desta evolução, de milhões de anos, mas que demonstram o grande impacto nas sociedades modernas, o que nos faz refletir que a mutação do próprio ordenamento jurídico é inevitável, visto a rapidez da mutação da sociedade e suas descobertas.

A formação do ser humano nos primórdios da humanidade era uma questão apenas religiosa, sem bases científicas, até pelo desenvolvimento tecnológico e social do homem. O homem segundo a Bíblia no Livro do Gênesis explicava a criação do homem por um ser superior, criado a sua imagem e semelhança. Os gregos numa visão racional tentaram explicar o surgimento do homem e como este transmitia a sua descendência, formulando através de Aristóteles a teoria da pré-formação, popularizada por Sêneca, grande orador romano:

Na semente estão contidas todas as partes do corpo do homem que serão formadas. A criança que se desenvolve no útero da mãe tem as raízes da barba e do cabelo que nascerão um dia. Também estão presentes nesta pequena massa todos os contornos do corpo e tudo o que a posteridade descobrirá nele.

Quando o microscópio foi inventado, 2000 anos depois da época da Grécia Antiga, os primeiros cientistas que examinaram os espermatozóides julgaram ver um homúnculo no interior.

Apenas no final do séc. XIX os cientistas iniciaram pesquisas a respeito do desenvolvimento embrionário. Nesse período descobriram que o óvulo desempenhava papel importante para a fecundação humana, desmistificando a idéia de que apenas o homem, com seu espermatozóide, era o responsável pela geração de vida humana, sendo a mulher considerada mero receptáculo para o novo ser.

Em meados do séc. XX foi descoberto o processo de meiose celular, que originava as células reprodutoras, e, através da união do espermatozóide com o óvulo fazia surgir um pequeno ser, possuidor de metade do material genético da mãe e metade do pai.

Apenas na década de 50, graças aos trabalhos de dois grandes geneticistas, de nomes WATSON e CRICK, foi possível desvendar a estrutura do DNA, o material genético primordial de todo ser humano. Daí para frente, os avanços na área da genética foram espantosos e em curto espaço de tempo foi possível o desenvolvimento de técnicas de manipulação do material genético e de fertilização humana em laboratório.

Devido às grandes polêmicas religiosas, filosóficas e sociais surgiu a necessidade de regulamentação das pesquisas e trabalhos na área da genética. No Brasil, através da lei 11.105/05, em seu artigo 5º, revogando a lei 8974/95, permitiu-se a utilização de células-tronco embrionárias obtidas por fertilização *in vitro*, nos seguintes termos:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

No âmbito penal, estando a conduta em desacordo com lei 11.105/05, pune-se da seguinte forma:

Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 26. Realizar clonagem humana:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O artigo 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção. Tal dispositivo garante a todos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança etc., como direitos invioláveis. Interpretando as garantias e os direitos fundamentais dispostos no referido dispositivo da Constituição, constata-se que o direito à vida tem um sentido amplo, englobando integridade física e moral, o respeito à vida, à honra, à imagem e à intimidade.

Em que pese a Carta Maior ter reconhecido o direito à vida como direito fundamental, o legislador constituinte, conscientemente, não determinou quando se inicia a vida humana. Desta forma, mesmo o embrião sendo potencialmente uma pessoa, sustenta-se que não significa que ele já seja uma pessoa humana portadora de todos os direitos e garantias desde o momento da concepção, na medida em que a própria legislação ordinária (tanto penal

quanto civil), tutela de forma diferenciada os direitos do feto e os direitos da pessoa humana.

Em 5 de março de 2008, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento da ADI 3510 proposta pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles contra o artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), alegando ser inconstitucional o artigo supra, uma vez que a vida humana teria o início na concepção.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator, votou pela improcedência do pedido, onde discorreu que os embriões humanos congelados não são sujeitos de direitos, protegidos pela Constituição Federal, haja vista que essa não diz nada sobre o momento de início da vida e que a lei ordinária não estaria contrária às CF, sendo ainda que a vida tem seu início na nidação, sendo seguido pela presidente à época, Ministra Ellen Grace, trazendo como aspecto central de seu voto a ocorrência da nidação como marco inicial da vida humana.

Já em 28 de maio de 2008, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, votou pela parcial procedência, reconhecendo a constitucionalidade, desde que fosse dada ao artigo 5º da Lei de Biossegurança uma interpretação conforme a Constituição, com algumas restrições como a extração da célula-tronco sem destruir o embrião, autorização expressa dos genitores e fiscalização por órgão federal.

O Ministro Menezes Direito teve seu voto seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau. O Ministro Cezar Peluso votou como sendo constitucional o uso de embriões congelados, inclusive salientando que os embriões não possuem vida enquanto não fixados no útero, a nidação, mencionando ainda a necessidade de fiscalização. A Ministra Carmen Lúcia e o Ministro Joaquim Barbosa acompanharam o relator Ayres Britto, assim como os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Por último, votou o Ministro Gilmar Mendes, ressaltando a necessidade de controle das pesquisas por um Comitê de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde, declarou constitucional a lei.

O Tribunal, em 29 de maio de 2008, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo

Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, que declarou constitucional a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, conforme previsto pelo artigo 5º da Lei 11.105/05, tratada como Lei de Biossegurança, o argumento central do Ministro Carlos Ayres Britto é que, segundo ele, perante o ordenamento jurídico brasileiro, o embrião humano não é pessoa.

O Ministro Carlos Ayres Britto, depois de assegurar em seu voto, no n. 22, que a Constituição Federal não define o início da vida humana, salientou ainda que:

a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida.¹⁵⁹

Segue dizendo que o zigoto humano não é pessoa, justificando que:

Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural.¹⁶⁰

O Ministro relator, aduzindo que a vida do ser humano tem início com o instituto nidação, assim assevera:

Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também

¹⁵⁹ Voto do relator n. 24, p. 10.

¹⁶⁰ Voto do relator n. 31, p.13.

deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.¹⁶¹

Prossegue o Ministro:

Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo 'em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX').¹⁶²

O ministro ressalta que o nascituro não é pessoa enquanto não ocorra o instituto nidação, continuando a discorrer que à legislação ordinária coube definir o término da vida no termos da lei 9434/97, sendo constitucional o início da vida quando firmado pela lei ordinária, Lei de Biossegurança, trazendo:

Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.¹⁶³

Logo, pelas palavras utilizadas pelo respeitável Ministro relator, Carlos Ayres Britto, uma vez não definido na Constituição Federal o início da vida humana, não se mostra inconstitucional a Lei de Biossegurança, por não

¹⁶¹ Voto do relator nº 33, p. 14.

¹⁶² Voto do relator n. 28, p.12.

¹⁶³ Voto do Relator nº 61, p. 23.

estarem em confronto, ficando demarcado o início da vida humana com a nidação.

5.5.3 A dignidade da pessoa humana

Instituição em torno da qual, desde os mais remotos tempos, sempre gravitou a experiência jurídica das comunidades foi a personalidade. Significa a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações.

Na atualidade, é pacífica a sua titulação por todos os homens. Observando-se a longa evolução por que passou a humanidade, vê-se que tal nem sempre aconteceu. A escravidão, bastante arraigada nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e de Roma, implicava na privação do estado de liberdade do indivíduo.

Coube ao pensamento cristão, fundado na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos. Essa luta, que teve seu lugar ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades aos escravos, imposta pelo Imperador Constantino, continuara com o ressurgimento da escravidão, provocado pelas navegações, de modo a merecer censura do Papa Paulo III, através da bula *Sublimis Deus*, de 1537, somente cessando com o triunfar dos movimentos abolicionistas do Século XIX e do alvorecer da centúria que acaba de findar-se.

Em tempos modernos, os ordenamentos jurídicos reconhecem o ser humano como o centro e o fim do Direito. Essa inclinação foi reforçada depois da barbárie nazi-fascista, encontrando-se adota como valor básico do Estado Democrático de Direito, é a dignidade da pessoa humana.

O preceito recolhe sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, sem olvidar o respeito aos direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, propugnados pelos revolucionários franceses através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Previsto a partir de 1934, hoje Constituinte de 1988 deixa claro que o Estado Democrático de Direito que instituiu tem, como fundamento, a dignidade da pessoa humana, conforme se observa em seu artigo 1º:

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.

A dignidade da pessoa humana não é somente um princípio, mas um valor que, expressamente, é colocado como um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

O termo dignidade vem do *latin dignitas*, e significa qualidade moral que infunde respeito, consciência do próprio valor, honra, respeito. Juridicamente esse termo alcança um patamar mais profundo e é utilizado para designar um valor espiritual e moral inerente a toda pessoa humana:

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁶⁴

Esse fundamento, *per si* afasta qualquer pretensão que fira a liberdade individual do Homem, interferindo assim em todo ordenamento jurídico.

Ainda que nenhum dispositivo legal a respeito dos direitos individuais estivessem inseridos explicitamente no ordenamento jurídico vigente, o fato da Constituição Brasileira ter colocado como um de seus

¹⁶⁴ MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.

fundamentos a dignidade da pessoa humana, já configura a garantia intrínseca de todos esses direitos, de modo que nenhum outro possa ser mais valioso do que os direitos individuais de cada ser humano, constituindo esse, ainda, verdadeiro limitador do poder, seja esse poder político, científico, religioso etc.

Como limitador, a dignidade da pessoa humana, traduzida e concretizada por meio dos direitos individuais, equivale como balança e definidor hábil a valorar o próprio início da vida humana. É a demarcação do início da vida humana quem irá definir os caminhos a serem percorridos pela ciência.

a biologia desconhece o que é pessoa, esse termo não é de seu vocabulário técnico. Pessoa é um termo de valorização cultural com pressupostos sóciopsicológicos e decorrência ético-jurídico.¹⁶⁵

A primeira e mais valiosa garantia individual é o direito à vida. É considerado o mais fundamental dos direitos individuais, pois é ele quem condiciona a própria existência humana.

A vida é um bem que antecede qualquer norma ou ordenamento jurídico, é o mais basilar dos direitos, consagrando o homem como um fim em si mesmo, condicionando ainda, todos os demais direitos da personalidade.

Objeto de direito personalíssimo, a vida é um direito denominado *erga omnes*, que integra-se à pessoa desde a concepção (natural ou não) até a sua morte, abrangendo assim, o direito de nascer, crescer com dignidade, desenvolver-se, trabalhar, constituir família, morrer, etc, enfim, o direito a vida é protegida por todas as demais normas jurídicas e apresenta ubiquidade, por existir em qualquer ramo do direito.¹⁶⁶

Acreditar que uma técnica, ainda que empregada para garantir a sobrevivência de um outro ser humano, pode se valer da “criação”, “manipulação” e “extermínio” de uma outra vida humana, ainda que em estágio

¹⁶⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciências da vida, novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 125.

¹⁶⁶ Ibid.

inicial, é caracterizar a vida como um bem disponível, coisa que, sabemos ser impossível.

Qual princípio jurídico e ético admitiria um valor maior do que o da vida humana? O fato de o embrião estar fora do útero materno o colocaria como um ser inferior ao que está dentro do ventre?

O direito à integridade física, totalmente atrelado ao direito a vida constitui, também, um dos direitos fundamentais da pessoa humana. Integridade física constitui a proteção contra todos os meios de se agredir a vida humana.

Nesse diapasão, válido é o posicionamento da professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos ao fundir bioética e dignidade:

A dignidade é a bondade superior correspondente ao absoluto, ao que é um fim em si mesmo, com independência total de qualquer uso, utilidade ou gratificação. Nenhum homem está privado de dignidade. Toda existência humana sobre a terra representa a presença de uma excelência de ser superior a qualquer outro ente observável.¹⁶⁷

Outra vertente é que a dignidade da pessoa humana está na premissa de não ser possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Veda-se a coisificação da pessoa.

5.5.4 A Constituição, os Tratados e Pactos Internacionais, o valor supralegal declarado pelo Supremo Tribunal Federal e a proteção da vida humana

Conforme se observa nas Constituições anteriores, o Brasil nem sempre tutelou a vida de forma expressa, quanto mais o seu momento de início. A Constituição do Império, de 1824, não tutelou expressamente a vida, bem como a Constituição Republicana de 1891 também não, embora implicitamente entendia-se que seu artigo 78 quando não excluía outras

¹⁶⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Ibid.

garantias e direito não enumerados. Da mesma forma que a última era a constituição de 1934.

A Constituição de 1937 também não tutelou expressamente. Só passou a ser expressa a tutela da vida humana com a Constituição de 1946 no artigo 141, protegendo a vida, liberdade, segurança individual e propriedade, também abolindo a pena de morte criada na Constituição anterior para homicídio fútil. A Constituição de 1967 manteve nos mesmos termos.

Na Constituição de 1988, no artigo 5º, *caput*, expressamente protege-se a vida, enquanto em seus parágrafos protege-se vários outros direitos humanos.

Estabelecido que a vida humana é protegida como direito fundamental, à legislação infraconstitucional cabe a regulamentação.

Não obstante, cumpre lembrar que o Brasil é signatário de tratados internacionais de proteção da vida, e nos termos do artigo 3º, § 1º da Convenção de Viena de 1969, os tratados internacionais são acordos internacionais ou atos de consenso firmados entre Estados Soberanos, escritos, juridicamente obrigatórios e vinculantes, e constituem a principal fonte de Obrigação do Direito Internacional. O termo tratado tem significado genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.

Dispõe o artigo 3º, § 1º da Convenção de Viena:

Um Tratado deve ser interpretado de boa fé e de acordo com o significado de seus termos em seu contexto, à luz de seu objeto e propósitos.

Nesse mesmo sentido o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 5º descreve:

Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto em virtude de leis, convenções regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

Já o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, letra "a", assim dispõe:

Nenhuma disposição da presente convenção pode ser interpretada no sentido de:

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

O Brasil é signatário dos principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado à legislação pátria pelo Decreto 592 de 06/07/1992, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao qual aderiu por força do Decreto 678, de 06/10/1992.

Porém, ratificado um tratado no Brasil e após a EC 45/04, dentro do Supremo Tribunal Federal, se instalou duas correntes sobre como incorporar os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

A primeira corrente, sustentada pelo Ministro Gilmar Mendes, era no sentido de que os tratados internacionais possuíam valor supralegal, isto é, acima da lei ordinária e abaixo da constituição, conforme notícia o RE 466.343-SP.

A segunda corrente, sustentada pelo Ministro Celso de Mello, admitia o valor constitucional dos tratados, conforme notícia o habeas corpus 87.585-TO.

Em histórica decisão do Supremo Tribunal Federal em 03.12.08 quanto ao RE 466.343-SP, a primeira corrente dando aos tratados internacionais o status de valor supralegal prevaleceu (5 x 4), decisão esta que acabou com a prisão civil do depositário infiel no Brasil.

Luiz Flávio Gomes¹⁶⁸ ensina que o Império romano acabou com a prisão civil por dívida (excepcionando-se a de alimentos) no século V a.c., quando revogou a *Lex Paetelia Papiria*. Os romanos concluíram que a liberdade da pessoa não podia ser tolhida em função de dívidas. No Brasil, este reconhecimento ocorreu somente vinte e seis séculos depois.

Não obstante, a partir deste julgado, firma-se uma hierarquia no ordenamento jurídico onde entre a lei ordinária e a Constituição, encontram-se os tratados internacionais.

Uma vez que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 7º, 7 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 11, só permitem a prisão civil em caso de alimentos, não é mais possível outra prisão civil por dívida.

Nestes termos o acórdão do RE 466.343/SP, julgado em 03/12/08, sendo relator o Ministro Cezar Peluzo:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

A tese hoje majoritária, no Plenário, atribui status supralegal, acima da legislação ordinária, aos tratados sobre Direitos Humanos, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados por três quintos dos votos de cada Casa, em duas votações, e enquanto nenhum tratado no Brasil for aprovado com essa exigência, todos que possuírem vigência terão valor supralegal, e não constitucional.

¹⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Decisão histórica do STF: fim da prisão civil do depositário infiel**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, N. 1993, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12081>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

Isto significa que se as normas dos tratados valem mais do que a lei, toda lei que conflitar com eles não poderá contar com validade.

Temos que admitir, por conseguinte, uma nova pirâmide jurídica no nosso país: no patamar inferior está a lei, na posição intermediária estão os tratados de direitos humanos (aprovados sem o quorum qualificado do § 3º do art. 5º da CF) e no topo está a constituição, arremata Luiz Flávio.¹⁶⁹

5.5.4.1 A inaplicabilidade dos argumentos da Lei de Biossegurança

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita em 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica foi aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil em 26 de maio de 1992, através do Decreto Legislativo n. 27, foi ratificada em 6 de novembro do mesmo ano através do Decreto n. 678. Consta da Convenção:

Art. 1º, n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Art. 4º, n. 1. 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.

Cumpramos ressaltar fato que não passou despercebido, pois uma análise aos argumentos expostos pelo Procurador Cláudio Fonteles em sua petição inicial, não há menção na ADI 3510 sobre os dispositivos supracitados ou qualquer outro dispositivo referente ao Pacto supra mencionado.

Quanto ao voto dos Senhores Ministros, Menezes Direito fez apenas uma sucinta referência ao artigo 4º, n.1, enquanto o Ministro Ricardo Lewandowski, se referiu ao artigo 4º, n.1, salientando que se trata de norma

¹⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. Ibid. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12081>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

constitucional, porém nenhum dos Ministros fez referência aos artigos 1º, n. 2, e 3º.

O Pacto de São José da Costa Rica determina o reconhecimento da personalidade de todo ser humano. A assertiva é dada pelo exposto no artigo 3º do referido Pacto quando aduz:

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Ao contrário do artigo 4º, n. 1 do Pacto, em que se traz a expressão “em geral”, ponto de discussão sobre eventual excepcionalidade do direito, é importante destacar que o artigo 3º não traz nenhuma exceção quanto ao direito de toda pessoa ver reconhecida sua personalidade jurídica.

Quanto à definição do que seria pessoa, tem-se que o próprio Pacto responde em seu artigo 1º e 2º, quando assim se verifica:

Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Na definição de Luiz Carlos Lodi da Cruz¹⁷⁰, a expressão “todo ser humano” significa que “... *engloba o ser humano já nascido, o ser humano em gestação no útero materno, mas também o ser humano originado por fertilização extracorpórea...*”, tornando a vida, desde a concepção, inviolável.

Nesse mesmo sentido, sobre o início da vida humana, ensina a professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos,¹⁷¹ *verbis*:

Diante da lei, todo ser humano é pessoa. [...] A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, consagrou, entre outros direitos básicos, o direito à vida. Tal direito é inviolável (sagrado). Embora o texto constitucional não se refira expressamente ao nascituro, tudo está a indicar que sua vida é um bem que a Constituição se obriga a proteger de forma a que não sofra qualquer violação. Protege-se, assim, também, a

¹⁷⁰ LODI, Luis Carlos. **Embrião humano é coisa**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acesso em: 12 mar 2008.

¹⁷¹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a Lei**. Implicações Médico-Legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 150, 152.

vida humana intra-uterina. [...] Em qualquer dos estágios, zigoto, mórula, blástula, conceito, embrião, feto, recém-nascido há apenas um '*continuum*' do mesmo ser.

Referindo-se ainda à pessoa, especificamente sobre a proteção à vida, anota a professora Maria Celeste:¹⁷²

O inciso XXXVIII, do mesmo artigo 5º. (da Constituição), reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o abortamento. [...] O direito penal dedica distintas normas para a proteção desta vida desde o momento de sua concepção - aborto, infanticídio e o homicídio - até seu término (vida post-mortem). No primeiro caso, nosso direito, como o alemão, protege o bem jurídico vida em gérmen e tem por objeto o feto ou embrião (ou óvulo fecundado). No segundo protege a vida desenvolvida, o que caracteriza como objeto da ação a pessoa ou o recém-nascido.

E conclui a professora¹⁷³: "*O respeito à vida é respeito a todas as formas de vida humana*".

Os cientistas, como apontado nas próprias razões da petição inicial da ADI 3510, afirmam que desde o exato momento da fecundação, o ser novo estará totalmente individualizado em termos genéticos, ou seja, seu DNA já será único e irrepitível, tratando apenas de se desenvolver até atingir sua vivência sem o útero da mãe.

Demonstram os cientistas que, com a penetração do óvulo pelo espermatozóide, surge uma nova vida, distinta da daqueles que lhe deu origem, pois o embrião, a partir desse momento, passa a ser titular de um patrimônio genético único.¹⁷⁴

O embrião não é parte ou membro do corpo daquele que o abriga, ainda que ele se utilize como fazem os recém-nascidos com o seio materno para sobreviverem. A embriologia mostra que o embrião e o adulto são o mesmo ser, basta para isso lembrar que, desde o momento da fecundação, o desenvolvimento que se dá até a vida adulta é contínuo, o que se pode dizer

¹⁷² SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Ibid.*, p. 152-153.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 153.

¹⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 427.

que o corpo do homem é humano desde o momento da fecundação, ou seja, independente de seu estágio de desenvolvimento já é ser humano.

Confundiram indivíduo com indivisível, pois o fato de o embrião poder dividir-se não lhe retira a qualidade de indivíduo.

Ter sustentado o STF que a vida humana inicia com a nidação foi, da maneira arguida, um equívoco, pois careceu de sustentação jurídica, além do critério adotado ser puramente cronológico, apoiando-se no fato de que o sistema nervoso não estaria ainda formado, o que subordina-se a existência do homo sapiens ao funcionamento cerebral, sendo um conceito puramente biológico.

Ives Gandra Martins sustenta que:

O direito à vida, talvez, mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos após o nascimento, os quais não teriam condições de viver sem tal proteção a sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger a vida do mais fraco a partir da teoria do suprimento. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidos contra insuficientes. No primeiro caso, sem que o insuficiente possa se defender...

Finaliza Ives Gandra Martins¹⁷⁵ que o direito à vida é o principal direito do ser humano, cabendo ao Estado preservá-lo desde a concepção e preservá-lo tanto mais quanto mais insuficiente for o tutelado.

Não obstante qualquer argumento acima, vale lembrar que, quanto aos tratados, a partir do julgamento do RE 466.343-SP pelo Supremo Tribunal Federal, em 03.12.08, passou-se a dar valor supralegal para os tratados e convenções ratificados pelo Brasil.

Novamente, consta do contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita em 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica foi aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil em 26 de maio de 1992, através do Decreto Legislativo n. 27, foi ratificada em 6 de novembro do mesmo ano através do Decreto n. 678:

¹⁷⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Fundamentos do direito natural à vida**. In: Revista dos Tribunais, N. 623, RT, São Paulo, 1997, p. 624.

Art. 4º, n. 1. 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 entendimento firmado no RE 466.343-SP foi o de tornar válido o Pacto de São José da Costa Rica, e uma vez que o referido Pacto traz de forma expressa a palavra “concepção” em seu artigo 4, nº I, o mesmo deverá prevalecer sobre qualquer outra lei ordinária, seja a Lei de Biossegurança ou até mesmo o Código Penal, uma vez que a própria constituição não define o momento do início da vida.

De qualquer modo, independente do status que assumiram os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível concluir, segundo a decisão exarada pelo STF, que o Pacto de São José da Costa Rica torna inaplicável qualquer legislação ordinária que seja conflitante, não havendo mais base jurídica legal para o início da vida humana se dar somente na nidação, mas sim na concepção.

Ao Supremo Tribunal Federal cumpriu definir quando é o momento inicial da vida humana. Mas, cumpre destacar que a discussão que foi travada se deu de forma equivocada, pois o assunto central não deveria ter sido quando começaria a vida, mas sim quando a vida humana deveria ser protegida pelo Direito.

Necessário, então, ter em conta a observância das consequências jurídicas decorrentes do reconhecimento do Pacto de São José da Costa Rica como norma supralegal, onde se prevê a palavra “concepção”, que independente de qualquer outra expressão, como “em geral”, é imprescindível o respeito à dignidade do ser humano.

Diante das breves considerações, percebe-se que o Constituinte de 1988 estabelece, à guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, o reconhecimento de direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Neste

diapasão, traduz-se a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da dissertação procurou-se trazer as principais considerações sobre o crime de abortamento previsto no Código Penal, enfatizando decisões da mais alta Corte Judiciária do país quanto à proteção que deva ser dada ao ser humano desde os seus primeiros momentos de vida, restando demonstrado que, juridicamente, a vida para o crime de abortamento possui proteção desde o momento da concepção.

Diante do que foi exposto, é possível constatar que na antiguidade a prática do abortamento e o abandono de incapazes era tida como conduta que se tolerava, havendo inclusive incentivo à sua prática no caso excessivo de cidadãos ou ainda vidas eram ceifadas em caso de deformidades físicas. Existiu quem indicou inclusive a prática do abortamento caso a gravidez ocorresse em mulheres com mais de 40 anos, vedando-se em outros a prática em época que o Estado necessitava de guerreiros.

Chegando-se a época do direito romano em que o feto se fazia parte das vísceras da mulher, a gravidez poderia ser interrompida por esta, desde que não se voltasse contra a vontade do marido, restando impune o abortamento.

Com a evolução dos tempos, somente com o Cristianismo procurou-se valorizar a vida do ser humano, uma vez considerado criatura de Deus, não havendo distinção entre feto e nascido, eis que a vida humana iniciar-se-ia pela concepção, muito embora o interesse maior nem sempre pudesse ser a vida do feto, mas o matrimônio.

Discorrida a evolução do tema durante a dissertação, procurou-se, como exigência do postulado princípio da legalidade, trazer discussões sobre toda a tipicidade do crime de abortamento, não raras, às vezes, chamado de aborto.

O tema central versou sobre o início da vida humana e o momento em que deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico, não havendo consenso na doutrina sobre o assunto, uma vez que o próprio tipo penal não o esclarece.

Superados 20 séculos d.C, com o pleno desenvolvimento das ciências, inclusive as biológicas, o Estado é instado a manifestar-se, através do Supremo Tribunal Federal, sobre a constitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105/05, Lei de Biossegurança, definindo tema da mais alta importância para a humanidade, o próprio início de existência da espécie, início da vida do ser humano, tema vital com reflexo direto na delimitação do ilícito penal abortamento.

A definição de início da vida do ser humano não está escrito no corpo da Constituição, e duas teorias com fundamentos fortes sobre o início da vida humana travaram batalha, sendo a teoria concepcionista e a teoria de cunho biológico-evolutiva.

O STF, ao julgar a ADI 3510, firmou que uma vez não previsto na Constituição, caberia à legislação ordinária a definição do início da vida humana, e assim julgou improcedente a ação, dando validade ao artigo 5º da lei 11.105/05, reconhecendo que somente com a nidação define-se o momento de proteção da vida humana.

Devendo o ordenamento jurídico ser visto como um todo, os argumentos utilizados para o reconhecimento do instituto nidação como momento de proteção da vida humana foi equivocada pelo STF, pois ainda que através de lei ordinária se pudesse definir o instituto, com reflexo em todo o ordenamento, não levou em consideração os tratados internacionais a que o Brasil é signatário.

Se antes pairava alguma dúvida sobre a hierarquia dos tratados internacionais, onde se havia a possibilidade de tratá-los como lei ordinária, com o julgamento do próprio STF elevando-os à categoria de norma supralegal, qualquer discussão em lei ordinária sobre vida humana perdeu sustentação jurídica, pois o Pacto de San José da Rica define como sendo a concepção o início da vida humana, e como norma supralegal que é, refletindo em todo o ordenamento jurídico, a concepção é apontada como o momento de proteção legal.

É impossível negar que a vida orgânica e biológica humana é adquirida momento após a sua fecundação, sendo todas as divisões e transformações apenas consequências desse impulso inicial. Por essa razão,

não há diferenciação entre vida humana, seja essa “ovo”, embrião, nascituro, bebê, criança ou adulto, o que existe são diferentes fases morfológicas.

Não há, biológica e morfológicamente como diferenciar o início da vida humana antes do útero, ou intrauterina da ultrauterina, pois ambas apresentam as mesmas características, logo são merecedoras dos mesmos direitos e respeitos garantidos por lei. Por tal razão, a vida é igual para os seres humanos e tem seu ponto inicial com a concepção, dentro ou fora do útero.

A vida humana ocupa o topo da hierarquia dos valores, e sendo assim não há como dividi-la de forma que em uma etapa seja ela descartada - considerada res - e em outra seja ela protegida, pois seria inadmissível tentar qualificar e hierarquizar a vida, pois não haveria qualquer respaldo ético.

Atribuir ou não a um embrião o direito à vida, decidindo ou não se ele vai nascer ou se vai ser matéria prima para outros fins, seria admitir que a vida é um valor relativo, conflitando, porém com todos os valores éticos e morais existentes, principalmente aqueles consagrados na norma Constitucional:

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:

[...]

III – Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Porém, em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade da lei de biossegurança, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente a ação e os argumentos dispendidos quanto ao início da vida ser na concepção, dando-se valor a nidação, deixando claro o julgado que uma vez não consignado na Constituição Federal o início da vida, a lei ordinária de biossegurança com ela não afronta, além do fim utilitário da lei.

Ainda, é necessário frisar que a maioria dos ministros ignorou a possibilidade de adoção dos embriões rejeitados e expôs a questão segundo o dilema simplista de descartá-los ou utilizá-los para pesquisas, além de não determinarem sequer vigilância no âmbito privado.

Já houve projeto significativo apresentado na década de 90 do século XX, Projeto de Lei (PL 190/94), apresentado pelo Deputado Osmânio Pereira onde buscava-se inserir no artigo 5º, *caput* da Constituição de 1988, o preceito da inviolabilidade da vida desde o momento da concepção, assim como transformar o crime de aborto em crime hediondo¹⁷⁶, além da palavra concepção fazer parte do ordenamento jurídico interno desde o Código Civil de 1916.

Consagradas são as palavras de Emmanuel Kant¹⁷⁷ ao analisar os valores, concluindo que o maior deles é o próprio ser humano:

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

[...]

Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objeto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como um fim em si mesmo. Portanto, não posso dispor do homem na minha pessoa para o mutilar, o degradar, ou o matar.

Os operadores do Direito têm a obrigação de salvaguardar bens cujos valores são de fundamental valia dentro e fora da ordem jurídica. Cumprindo esta função, tem-se que a vida deve ser protegida em sua totalidade não importando sua forma manifesta. Isso em conta, o Direito deve cuidar de tutelar, prioritariamente, a vida humana mesmo que em sua forma rudimentar e frágil, mas, digna da mesma proteção dispensada ao ser humano nascido: o embrião.

A vida e dignidade dos embriões humanos não são dependentes de textos normativos para se manterem protegidas. Ao revés, dispositivos constitucionais e diplomas estrangeiros, que devem ser tratados como normas

¹⁷⁶ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese**. XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais da ABEP, Anais... Caxambu, 2006. Disponível em: <<http://www.abep.org.br>>. Acesso em: 30 out. 2006, p. 96, 98.

¹⁷⁷ KANT, Emmanuel. In: **Fundamento da metafísica dos costumes**. Tradução de Lei: Opoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 39-40.

materialmente constitucionais, já são impositivas e, portanto, devem ser respeitadas.

Admitindo-se que o embrião é pessoa humana desde o momento da concepção, já o colocamos como sujeito receptor de todas as disposições constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, dentre elas, o próprio direito à vida.

Claro que normas mais específicas não precisam ser ignoradas. Todas as questões que envolvem embriões humanos são muito complexas e, pior, serão cada vez mais comuns, dado o avanço da medicina biotecnológica. Porém, juridicamente, expresso está que a vida humana é protegida desde a concepção.

Encerro fazendo minhas as palavras da jurista Maria Helena Diniz:¹⁷⁸

Rogamos a Deus para que ilumine os parlamentares, guiando suas decisões para que fatores técnico-científicos não constituam a ceifa destruidora da raça humana, não deixando periclitar a floração para uma colheita futura sã física e mentalmente, fazendo com que a autonomia científica termine sempre que estiver em jogo o respeito à vida e à dignidade humana, pois há prioridade da pessoa humana sobre qualquer interesse da ciência, que somente terá sentido se estiver a serviço do homem. Por essa razão, a Bioética e o biodireito não poderão ficar separados da efetivação dos valores “vida”, “saúde” e “dignidade humana”, que se sobrepõe ao princípio da liberdade de investigação científica.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Ibid.*, p. 526.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelatoe. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ARDAILLON, Danielle. **A insustentável ilicitude do aborto**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, N. 22, abr./jun. 1998.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Aborto: retórica contra a razão**. Revista de Direito Penal, N. 27, jan./jun. 1979.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marcchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr e Agnes Cretella I. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BELO, Rodrigues Warley. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. Série As Ciências Criminais no Século XXI. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEPARTAMENTO DE AÇÕES PROGRAMÁTICAS ESTRATÉGICAS. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. Secretaria de Atenção à Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. **Contradições da modernidade e direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 4, N. 16, out./dez. 1996.

CAPEZ, Fernando. **A prisão civil do depositário infiel na visão do Supremo Tribunal Federal**. Informativo Jurídico.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** (Arts. 121 a 212). 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 2007.

_____. **Curso de direito penal**. v. II, parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Quando deve ter início a proteção da vida humana?** A verdadeira questão inerente ao julgamento da ADIN 3510 pelo STF. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, N. 176, jul. 2006.

CENTRO CULTURAL BENEFICENTE ISLÂMICO DE FOZ DO IGUAÇU. **Do que se forma o feto**. Disponível em <www.islam.com.br>. Acesso em: 09 nov. 2009.

CHAVES, Maria Claudia. **Os embriões como destinatários de direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6098>>.

CORRÊA, Sônia. **Aborto na cena política global: fios de história, desafios do momento**. Disponível em: <<http://www.ipas-brasil.org.br>>. Acesso em: 30 out. 2006.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código penal comentado**. 8 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2008.

COTIA NET SP – Romaria & Caucaia. Disponível em: <<http://www.cotianet.com.br/caucaia/dogma.htm>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

CRUZ, Luis Carlos Lordi. **Embrião humano é coisa?** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11464>>.

_____. Pacto de São José da Costa Rica: o argumento que não foi usado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11464>>.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Princípios e regras: entre Alexy e Dworkin. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 6 ed. atual. ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Código penal comentado**. 3 ed., São Paulo: Renovar, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Direito fundamental ao aborto**. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br>> Acesso em: 15 set. 2006.

DIEDRICH Luis Fernando. **Inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=603>>.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

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

ELUF, Luiza Nagib. **Prática do aborto**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 82, N. 691, mai 1993.

ENGELHARDT Jr., H. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião entre direito e moral**. Revista do Ministério Público, Lisboa, ano 24, N. 94, p. 09-30, abr.-jun./2003.

FIGUEIREDO, C., Embrião. In: **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**, 1912, 3 ed., v. I, Lisboa: Portugal-Brasil Limitada.

FORD, N. Fertilization and the beginning of a human individual. In: **When did I begin?** Cambridge University Press, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte especial**. 3 ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

FRANCO, Ary Azevedo. **Dos crimes contra a pessoa**. vl. 6 - do tratado de Direito Penal Brasileiro.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Fundamentos de dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal**. Barcelona: Atelier, 2006.

GÊNESIS. In: **Bíblia Sagrada**. Traduzida em português segundo a Vulgata Latina pelo padre Antônio Pereira de Figueiredo. Livros do Brasil SA, Rio de Janeiro, 1962, v. 1.

GOIS, Antônio. **Raras ações por aborto só atingem pobres**. Folha de São Paulo, São Paulo, 06 nov. 2006. Caderno Cotidiano.

GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3 ed. Almedina, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Decisão histórica do STF: fim da prisão civil do depositário infiel**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, N. 1993, 15 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12081>>. Acesso em: 12 nov. 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HUNGRIA, Nelsom. **Comentarios ao código penal**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

IWASSO, Simone. **Aborto vem perdendo status de crime**. O Estado de São Paulo, São Paulo, 21 ago. 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. 2, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio.** 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Emmanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução: Leopoldo Holzbach, São Paulo: Martin Claret, 2004.

KAVALCO, Karine Frehner. **Desenvolvimento embrionário humano.** Disponível em: <<http://www.mundovestibular.com.br/articles/383/1/DESENVOLVIMENTO-EMBRIONARIO-HUMANO/Paacutegina1.html>>. Acesso em: 09 nov. 2009.

KEATING, B. Pessoa Potencial. In: **Dicionário da Bioética.** Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

KOTTOW, Miguel. **Bioética del comienzo de la vida: quantas veces comienza la vida humana?** Bioética – Conselho Federal de Medicina, Brasília, v. 9, N. 2, 2001.

LEPANTO – Frente Universitária & Estudantil. Disponível em: <<http://www.lepanto.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão.** Curitiba: Juruá, 2009.

MAMMANA, Caetano Zamitti. **O abôrto ante o direito, a medicina, a moral e a religião.** v. 2. São Paulo: Letras Editora, 1969.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena.** 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MATIAS, Calmeiro. **A Imaculada concepção de Maria**. Disponível em:
<<http://www.calmeiro-matias.com/aimaculadacomceicaodemaria.htm>>.

Acesso em: 21 fev. 2010.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo:
IBCCrim, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Aborto, uma questão constitucional**. Jornal
Folha de São Paulo, São Paulo, 05 dez. 2005. Caderno Opinião.

_____. **Fundamentos do direito natural à vida**. Revista dos Tribunais N.
623, RT, São Paulo, 1997.

MATIELO, Fabrício Zamprona. **Aborto e direito penal**. Porto Alegre: Sagra,
DC Luzzatto, 1994.

MELO, H. **Alguns aspectos do embrião gerado *in vitro* e não implantado**.
In: "Brotéria", 1999, N. 149.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo, RT,
2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 6 ed. São Paulo: Atlas,
2004.

_____. **Manual de direito penal**. v. 2: parte especial, arts. 121 a 234 do CP.
25 ed. rev. atual. 31 dez. 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.1: parte geral. 39
ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOTA JR., Eliseu Florentino. **Aborto à luz do espiritismo**. Matão: O Clarim, 1995.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUTO, Elisa; Natloch, Leandro. **Vida: o primeiro instante**. Revista Superinteressante – Ciências. Abril, Edição 219, nov. 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. v. 2. 11 ed. São Paulo, Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Maria Jose F. Rosado. **A discussão atual da Igreja Católica sobre o aborto**. Disponível em: <<http://www.catolicasporelderechoadecidir.org/abortos>>. Acesso em: set. 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. **As novas técnicas de reprodução humana à luz dos princípios constitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, N. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1854>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

PAIXÃO, Ivan. Aborto: aspectos da legislação brasileira. In: CAVALCANTE, Alcilene; Xavier, Dulce (Org.) **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir – CDD, 2006.

PAPA JOÃO PAULO II. **Carta Encíclica *Evangelium Vitae*** - 25 de Março, solenidade da Anunciação do Senhor, do ano 1995, décimo sétimo de Pontificado. IOANNES PAULUS PP. II. Disponível em:

<http://damienhighschool.org/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em: 09 nov. 2009.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral, 5 ed. rev. atual. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PORTAL DAS CONGREGAÇÕES MARIANAS NO BRASIL. Mariologia. Aprofundamento teológico. **A Imaculada Conceição**. Disponível em: <http://www.salvemaria.org.br/index.php?system=news&news_id=228&action=read>. Acesso em: 21 fev. 2010.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil, In: **Aborto pela anomalia fetal**. Brasília: Editora Letras Jures, 2003.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da. **A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese**. XV Encontro Nacional de Estudos Populacionais da ABEP, Anais... Caxambu, 2006 Disponível em: <<http://www.abep.org.br>>. Acesso em: 30 out. 2006.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade** (em português). Acesso em: 27 jan. 2010.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general**. Trad. y notas: Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Temesal, 2 ed. Madrid: Civitas, 1999, t. I, Fundamentos. La Estructura de la Teoria Del Delito.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei**. São Paulo: Editora Icone, 2002.

_____. **Imaculada concepção: nascendo *in vitro* e morrendo *in machina* – Aspectos históricos e bioéticos da procriação humana assistida no direito penal comparado**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, N. 39, 997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

_____. Legalização do aborto e constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.) **Em defesa da vida: aborto e direitos humanos**. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir - CDD, 2006.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta. **O aborto: um resgate histórico e outros dados**. Disponível em: <<http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>>. Acesso em: 01 jun 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Por um novo direito penal sexual: A moral e a questão da honestidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 9, jan./mar. 2001.

TEIXEIRA, ALICE. **A origem da vida do ser humano e o aborto**. Fonte: CNBB, 27/11/2005. Site Canção Nova. Disponível em: <<http://www.cancaonova.com/portal/canais/formacao/internas.php?id=&e=47>>. Acesso em: 09 nov. 2009.

TELES, Natália Oliveira. **O estatuto do embrião humano: algumas considerações bioéticas**. Nascer e Crescer – Revista do Hospital de Crianças Maria Pia, ano 2004, v. XIII, N. 1. Disponível em: <<http://www.hmariapia.min-saude.pt/revista/marco2004/O%20Estatuto%20do%20Embri%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2009.

TESSARO, Anelise. **Aborto, bem jurídico e direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, PUC/RS.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos.**

AJURIS, Porto Alegre, v. 25, N. 73, jul. 1998.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil – parte geral.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

WIKIPEDIA – A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Imaculada>>.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

O Procurador Geral da República, presente o disposto no **artigo 102, I, a**, da Constituição Federal, ajuíza.

Ação Direta de Inconstitucionalidade,

pelo que expõe:

I. Do preceito normativo impugnado:

1. É o que se faz presente no **artigo 5º e parágrafos** da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, **verbis**:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas

deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

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

II. Dos textos constitucionais inobservados pelo preceito retro transcrito:

1. Dispõe o **artigo 5º, caput, verbis**:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distorção 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:
(grifei)

2. Dispõe o **artigo 1º, inciso III, verbis**:

Artigo 1º - A República Federativa 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.

III – Da fundamentação por Inconstitucionalidade material:

1. A tese central desta petição afirma que **a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.**

2. Assim, a lição do Dr. Darnival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, **verbis**:

"O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro

momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Dawn (mongolismo), nos diz: "**Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação.** Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. **A fecundação é o marco do início da vida.** Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato".

(publicação: VIDA: o primeiro direito da cidadania – **pg. 10** – em anexo, grifei)

3. E prossegue o Dr. Dernival Brandão, **verbis**:

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma "matéria germinante". **Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial"** que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Porque? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo." (publicação citada – **pg. 11**, grifei)

4. O Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de S.Paulo, Professor de Bioética da USP e Membro do Núcleo Interdisciplinar de Biotética da UNIFESP acentua que, **verbis**:

"Os biólogos empregam diferentes termos – como por exemplo zigoto, embrião, feto, etc-, para caracterizar diferentes etapas da

evolução do óvulo fecundo. **Todavia esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas.**

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, **nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama "código genético", suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é "da mãe"; ele tem vida própria. O embrião "está" na mãe, que o acolhe pois o ama.**

Não se trata, então, de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana.

A partir do momento que, alcançando maior tamanho e desenvolvimento físico, passamos a reconhecer aqueles formatos humanos (cabeça, tronco, mãos e braços, pernas e pés, etc), podemos chamar essa nova vida humana de "feto".
(publicação citada – pg. 12/13 grifei)

5. A Dra. Alice Teixeira Ferreira, Professora Associada de Biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia Celular-Sinalização Celular afirma, **verbis**:

"Embriologia quer dizer o estudo dos embriões, entretanto, se refere, atualmente, ao estudo do desenvolvimento de embriões e fetos. Surgiu com o aumento da sensibilidade dos microscópios. Karl Ernst Von Baer observou, em 1827, o ovo ou zigoto em divisão na tuba uterina e o blastocisto no útero de animais, Nas suas obras Ueber Entwicklungsgeschichte der Tiere e Beobachtung and Reflexion descreveu os estágios correspondentes do desenvolvimento do embrião e quais as características gerais que precedem as específicas, contribuindo com novos conhecimentos sobre a origem dos tecidos e órgãos. Por isto é chamado de "Pai da Embriologia Moderna".

Em 1839 Schleiden e Schwann, ao formularem a Teoria Celular, foram responsáveis por grandes avanços da Embriologia. Conforme tal conceito o corpo é composto por células o que leva à compreensão de que o embrião se forma à partir de uma ÚNICA célula, **o zigoto**, que por muitas divisões celulares forma os tecidos e órgãos de todo ser vivo, em particular o humano.

Confirmando tais fatos, em 1879, Hertwig descreveu eventos visíveis na união do óvulo ou ovócito com o espermatozóide em mamíferos.

Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei que TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (as últimas edições listadas na Referência Biográfica) **afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilização pelo espermatozóide**. Todos afirmam que **o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte**. Todos nós passamos pelas mesmas fases do desenvolvimentos intrauterino: fomos um ovo, uma mórula, um blastocisto, um feto."

6. A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia escreve, **verbis**:

"O zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie. **É biologicamente um indivíduo único e irrepetível**, um organismos vivo pertencente à espécie humana.

b) "O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado – é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo" (Shettles e Rorvik – Rites of Life, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: Is Fetus Human – pg. 5."

"O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. **Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único**. (Keith Moore e T.V.N Persaud – The Developing Human, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – pg.18

7. Anexo **quadro esquemático** que **na, e a partir da, fecundação** marca o desenvolvimento da vida humana: **o zigoto**, que se desenvolve a partir de sua unicidade celular. (vide: quadro anexo).

8. Importa, agora, abordar o tema das células-tronco.

9. Diz a Dra. Alice Teixeira Ferreira, **verbis**:

As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas **porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano**. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião.

As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue." (publicação citada – pg. 33, grifei)

10. O Dr. Herbert Praxedes também considera que, **verbis:**

"As células de um embrião humano de poucos dias são todas células-tronco (CTE), **são pluripotenciais, tendo capacidade de se auto-renovarem e de se diferenciarem em qualquer dos tecidos do corpo.** As células-tronco adultas (CTA) **são multipotenciais** e têm também capacidade de ser auto-renovarem e se diferenciarem em vários, **mas, aparente não em todos, os tecidos do organismo.** As CTA existem no organismo adulto em vários tecidos como a medula óssea, pele, tecido nervoso, e outros, e também são encontradas em grande concentração no sangue do cordão umbilical."
(publicação citada pg. 33 grifei)

11. O Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autónoma de Madrid, Dr. Damián Garcia-Olmo, em entrevista, **realçou os avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com as embrionárias.**

12. Principia por apresentar **quadro real** de tratamento de pacientes, **curados** da enfermidade de Crohn, **verbis:**

--Usted ha desarrollado una investigación sobre el tratamiento de algunas enfermedades con células madre adultas, y parece haber obtenido buenos resultados.

-- En el Departamento de Cirugía del Hospital Universitario La Paz de Madrid estamos desarrollando un estudio sobre el uso de células madre autólogas (del propio individuo) para el tratamiento de las fístulas en la enfermedad de Crohn (Una efermedad inflamatoria intestinal que aumenta rápidamente de incidencia en países desarrollados y que afecta sobre todo a jóvenes). La aparición de fístulas en la enfermedad de Crohn es una importante causa de sufrimientos por su gran resistencia a curar com los tratamientos clásicos. Por otra parte, a partit del año 2001, la terapia celular se esta introduciendo rápidamente en muchas ramas de la medicina, en especial desde la introducción del uso de células madre adultas. Esto permite el autotrasplante (trasplante autólogo) sin problemas de rechazo y obvia los graves problemas clínicos y éticos del uso de

células madre de origen embrionario. Com el estudio que estamos desarrollando nos proponemos conocer si es posible y seguro utilizar células adultas en el tratamiento de las fistulas que aparecen en los pacientes com enfermedad de Crohn.

--**Damián García-Olmo:** En determinados pacientes com esta enfermedad, realizamos una liposucción de 100 cc de grasa subdérmica. De esta grasa extraemos una pequeña cantidad de células madre que posteriormente son expandidas en cultivo (ex – vivo). Cuando han crecido y tenemos un número suficiente, se realiza la intervención quirúrgica de la fistula siguiendo los métodos habituales, pero ademais se inyectan en diferentes puntos del trayecto fistuloso entre 9 y 12 millones de estas células madre autólogas cultivadas.

-- Cuál es la experiencia actual?

--Desde que se obtuvieron todos los permisos legales y se comenzó la fase clínica, dos pacientes han completado el seguimiento programado, alcanzando temporalmente la curación completa de la enfermedad fistulosa. Se trataba de una fistula recto-vaginal y de una fistula enterocutánea, ambas en mujeres jóvenes u con numerosas operaciones previas fracasadas por esa misma causa.

Del seguimiento de estos enfermos podemos deducir que: 1§ Por liposucción podemos obtener un suficiente número de células madre. 2§.- Estas células se reproducen bien en cultivo y entre 5 y 7 días se obtiene una cantidad suficiente para su uso clínico. 3§.- La inyección celular no produjo en ningún momento fenómenos de rechazo. 4§.- No se há producido un crecimiento celular incontrolado que suponga riesgo tumoral. 5§.- Los efectos reparadores de esta terapia parecen comenzar al cabo de 4-8 semanas de la inyección.

13. Depois, **demonstra a superação do preconceito científico contra as células-tronco adultas**, a partir do trabalho da Professora Catherine Verfaillie. De se ler, **verbis**:

--En qué punto esta actualmente la investigación com celulas madres adultas?

--**El año 2002 ha sido um año clave.** Tanto que ha dado um vuelco a las expectativas sobre la investigación de usos potenciales de células madre. **Hasta esse año era casi un dogma que las células madre adultas estaban tan diferenciadas que difícilmente serian útiles en terapia celular.** Pero en julio de 2002 el grupo de investigación de la **Universidade de Minnesota (USA) dirigido por la Profesora Catherine Verfallie publicó en la revista "Nature"** (una de las mas prestigiosas de la literatura científica y extremadamente exigente a la

hora de publicar resultados) **un estudio en el que demostraba que células madre obtenidas de la médula ósea de los adultos podían diferenciarse en prácticamente todos los tipos celulares conocidos en el adulto y concluía diciendo que por tanto era la fuente de células ideal para el tratamiento de enfermedades degenerativas** (Cf. Natures 2002 Jul 4;418(6893):41-49).

En diciembre de ese mismo año 2002, **científicos de la Universidad de UCLA (USA) tienen hallazgos similares utilizando células madre obtenidas por liposucción**. En este trabajo consiguen obtener incluso auténticas neuronas partiendo de estas células que procesan de la grasa (similares a las usadas en nuestra investigaciones) (Cf. Molecular Biology of the cell. Decembrer 2002; 13: 4279-4295)

14.

E concluiu o Professor García-Olmo, **verbis**:

-- Son más idóneas para desarrollar terapias actualmente las células madre adultas que las embrionarias? Porque?

--Que sepamos, en España, no hay ningún estudio clínico aprobado para el uso de células madre procedentes de embriones. **Esto es actualmente inviable por los enormes riesgos potenciales que conlleva (tumores, problemas de rechazo, necesidad de terapia inmunosupresora, etc.)**. Sin embargo, en España, hay al menos tres programas de uso clínico **de células madre adultas en patología humana que estan demostrando que el uso de estas terapias es factible y seguro**. Estos grupos van a presentar sus resultados durante un simposio que se celebrará en el Hospital Universitario La Paz el próximo 18 de marzo.

--Sin entrar en consideraciones éticas sino con los resultados clínicos en la mano, cree que la presión de algunos sectores por potenciar y dotar de recursos la investigación con embriones obedece a una real expectativa de obtener resultados o se mezclan en el tema cuestiones diversa a las meramente científicas?

--Lo que pienso es que **la comunidad científica, después de muchos años de investigar sobre células madre embrionarias como la mejor fuente para la terapia celular, aún no ha asimilado el cambio copernicano que se ha producido en el conocimiento durante el año pasado**. Tenga en cuenta que no hace ni un año desde la publicación de los trabajos de Catherine Verfaillie. **Ademais los médicos clínicos tardamos bastante tiempo en asimilar lo que descubren los investigadores básicos.**"

(misma entrevista grifei)

15. Na Alemanha, no plano legislativo, **há específica lei de proteção aos embriões**, definido pelo **artigo 8º, 1** como, **verbis**:

“Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, **o óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente** retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, **seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo.**” (vide: Lei alemã, em anexo)

16. A propósito, faço anexar a esta petição inicial, importante registro do il. Subprocurador-Geral da República, Dr. Eugênio Aragão, posto nestes termos, **verbis**:

“Atendendo a pedido de Vossa Excelência, encaminho, em anexo, a tradução livre do alemão para o português, de minha lavra, do “*Gesetz zum Schutz von Embryonen*” (ESchG) e do “*Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen*” (StZG), correspondendo às leis alemãs sobre proteção de embriões humanos e sobre a importação e o uso de células-tronco, respectivamente. Coloquei em colchetes as adaptações de texto necessárias à melhor compreensão dos textos legais.

No geral, na Alemanha é proibido o uso de embriões humanos para fins outros que o de provocar a gravidez (ESchG § 1, Abs. 1, S. 1). Por isso, não se prestam, embriões humanos, naquele país, à pesquisa científica. A lei de proteção a embriões humanos também proíbe expressamente a clonagem humana (ESchG, § 6, Abs. 1). Isso vale também para a chamada “clonagem terapêutica”, visto que, para os efeitos da ESchG, considera-se embrião humano toda célula totipotente, já no seu estágio mais primário, da fusão nuclear (§ 8, Abs. 1).

Diferente é, pela legislação alemã, a situação de células-tronco embrionárias pluripotentes, ou seja, aquelas que não se podem desenvolver para virem a constituir um indivíduo. Estas podem ser usadas para fins de pesquisa científica. O problema está em garantir que tais células sejam apenas pluripotentes e não totipotentes.

Com a promulgação da lei sobre importação e uso de células-tronco humanas (StZG), de 28 de junho de 2002, passou-se a admitir expressamente, mediante permissão específica, o uso de células-tronco embrionárias importadas, desde que tenham sido geradas antes de 1º de janeiro de 2002 e mantidas em cultura crioconservada (linhas

de célula-tronco). Exige-se, ademais, que os embriões que lhes deram origem tenham sido gerados no contexto de uma fecundação medicinal extracorporal para fins de provocar gravidez e que em definitivo não se prestaram a tal finalidade por razões que não contemplem a qualidade dos embriões. Por fim, é proibida a aquisição onerosa dessas células-tronco importadas (cf. StZG, § 4, Abs. 2).

Este é o estágio atual da legislação alemã, pelo que Vossa Excelência pode depreender das anexas traduções.”
(Doc. junto)

17. A Dra. Claudia M. C. Batista, Professora-Adjunta da UFRJ e pós-doutorada pela University of Toronto na área de células-tronco, afirma, **verbis**:

“No momento da fecundação, a partir da fusão do material genético materno e paterno, a nova célula formada, chamada zigoto, reorganiza-se, perde proteínas inicialmente ligadas ao DNA dos gametas, inicia um novo programa ditado por esta nova combinação de genes, comanda de forma **autônoma** todas as reações que o levarão a implantar-se no útero materno. Inicia-se uma “conversa química” entre esta célula e as células do útero materno. Este programa é, além de autônomo, único, irrepetível, harmônico e contínuo.

A partir da primeira divisão do zigoto, quando originam-se as **duas primeiras células**, estas **encontram-se predestinadas**. Estudos recentes da Dra. Magdalena Zernicka-Goetz, do Department of Experimental Embryology, Polish Academy of Science, Jastrzebiec, Poland, (Cf. *Nature*. 2005 Mar 17; ai434 (7031): 391-5, *Development*. 2005 Feb; 132(3): 479-90; *Development*. 2002 Dec; 129(24): 5803-13; *Nat Cell Biol*. 2002 Oct; 4(10):811-5), mostram clara e irrefutavelmente que toda e qualquer parte do embrião ou feto é formada por células já predestinadas nas primeiras horas após a fertilização. Portanto, todo o desenvolvimento humano tem como marco inicial a fecundação e, após este evento, têm-se um ser humano em pleno desenvolvimento e não somente um aglomerado de células com vida meramente “celular”. Trata-se, a partir deste evento, de um indivíduo humano em um estágio de desenvolvimento específico e bem caracterizado cientificamente”.

18. Fica, pois, assente:

- **que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação: o zigoto**, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos;

- **a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se;**

- **contínuo desenvolver-se** porque **o zigoto, constituído por uma única célula**, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é **totipotente**, vale dizer, **capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos**, que se diferenciam e se auto-renovam, **constituindo-se em ser humano único e irrepetível**.

- **a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento**, ambientação que tem sua **etapa final** na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher, por inteiro, no momento da fecundação.

- **a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias**, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, **do que não se tem registro com as segundas**.

19. Estabelecidas tais premissas, **o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005, **por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana**.

20. Nesse passo – **a preservação da dignidade da pessoa humana** – importa, aqui, reproduzir o pensamento do Dr. Gonzalo Herranz, Diretor do Departamento de Humanidades Biomédicas da Universidade de Navarra, **verbis**:

“El núcleo ético del argumento es este: no todos los seres humanos son iguales, pues unos tienen más valor y más dignidad que otros. En concreto, ciertos seres humanos, y los embriones congelados caducados se cuentan entre ellos, valen muy poco y podemos intercambiarlos por cosas más valiosas. No tienen nombre, ni son personas como las otras. **Están condenados a morir y nadie los llorará ni celebrará funerales por su muerte, inevitable y autorizada por la Ley.**

Pero, **como demócratas, se ha de replicar que no es justo ni razonable dividir a los seres humanos en grupos de valor diferente. Los embriones sobrantes son, ante todo, hijos, que forman parte de una familia.** Formaban parte de un grupo de hermanos. De ellos, unos fueron considerados dignos de ser

transferidos al seno de su madre y son ahora niños llenos de alegría de vivir. Pero, por un azar trágico, los otros fueron dejados de lado.

La humanidad ha madurado trabajosamente la idea de que a todos los miembros de la familia humana se ha de conferir la misma dignidad, aunque sus ideas o su apariencia difieran radicalmente de las propias.”

(El sacrificio de prisioneros de guerra y los embriones congelados –
Diário Médico – 6.11.02)

21. E, conclusivo, **verbis**:

Las vidas humanas no valen menos porque nadie las llore. La saturación de tragedias que nos revela el telediario cada día está quemando nuestras reservas de compasión. Nuestra capacidad de comprender y emocionarnos no nos alcanza para conmovernos por los que mueren a consecuencia de catástrofes naturales, accidentes, crímenes terroristas o no, sobre todo si ocurren lejos de nosotros. **No se llora por los embriones que se pierden espontáneamente o que son abortados. Pero no ser llorado, no ser conocido o no ser deseado no hace a esos seres menos humanos o menos valiosos. La deficiencia de valor no está en ellos.**

Total, van a morir... Pero nuestra postura ante su muerte no es asunto indiferente. El modo y las circunstancias de su muerte son asuntos éticamente decisivos. Y una cosa es reconocer lo inevitable de su muerte absurda que pone fin a una existencia todavía más absurda, y otra muy distinta es consentir en su sacrificio en el altar de la ciencia y sentirse redimido y justificado. Su muerte, inevitable, no es pasivamente presenciada, sino que es activamente consentida, programada, usada en beneficio propio. **Es reducir a los embriones a la condición de meros medios con los que se satisfacen los deseos de otros:** al principio, para cumplir unos proyectos parentales que los han dejado en el frío; después, unos proyectos de investigación que los dejan crecer hasta blastocistos de cinco días para reconvertirlos en células que nada tienen que ver con su propio proyecto de vida.

En Bruselas han optado por pensarse un poco mejor donde poner el dinero. Nosotros necesitamos también tiempo para decidir donde ponemos el alma, porque estamos ante una decisión histórica. Paul Ramsey lo dijo muy bien: ‘La historia moral del género humano es más importante que la historia de la Medicina’.”
(aún trecho outro do artigo citado acima)

III – Do Pedido:

1. Advindas informações do Congresso Nacional, da Presidência da República, colhido o pronunciamento da Advocacia Geral da União, e tornando-me os autos a parecer, peço, presentemente, **a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei 11.105, de 24 de março de 2005.**

2. À luz do disposto na **parte final, do § 1º, do artigo 9**, da Lei nº 9868/99, **solicito a realização de audiência pública a que deponham, sobre o tema**, as pessoas que apresento, e que comparecerão à audiência independentemente de intimação, tão só bastando a este Procurador-Geral da República **a intimação pessoal da data aprazada à realização** da audiência pública:

1. Professora Alice Teixeira Ferreira;
2. Professora Cláudia Maria de Castro Batista;
3. Professora Eliane Elisa de Souza e Azevedo;
4. Professora Elizabeth Kipman Cerqueira;
5. Professora Lilian Piñero Eça;
6. Professor Dalton Luiz de Paula Ramos;
7. Professor Darnival da Silva Brandão;
8. Professor Herbert Praxedes; e
9. Professor Rogério Pazetti.

Brasília, 16 de maio de 2005.

CLAUDIO FONTELES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

ACÓRDÃO NÃO PUBLICADO – USO RESTRITO
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO
FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTERESSADO(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTERESSADO(A/S) : CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

ADVOGADO(A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS

INTERESSADO(A/S) : MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE

ADVOGADO(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO

INTERESSADO(A/S) : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA,
DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

ADVOGADO(A/S) : DONNE PISCO E OUTROS

ADVOGADO(A/S) : JOELSON DIAS

INTERESSADO(A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADVOGADO(A/S) : IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

“Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

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

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

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

2. O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”

(fl.12).

3. Em seqüência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) “a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

4. De sua parte, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Para tanto, acata, por inteiro, peça jurídica da autoria do professor e advogado público Rafaelo Abritta. Peça que também mereceu a irrestrita adesão do ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado Geral da União, e da qual extraio o seguinte e conclusivo trecho: “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente” (fl. 115). A mesma conclusão, registre-se, a que chegou o Congresso Nacional em suas informações de fls. 221/245.

5. Não é, todavia, como pensa o atual Chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando de Souza, que, atuando na condição de fiscal do Direito (custos juris), concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob a alça de mira da presente ação direta. Assim procedeu mediante aprovação de parecer da lavra do mesmo professor Cláudio Fonteles.

6. Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de “amigos da Corte” (amici curiae), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.

7. Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal¹. Dando-se que, no dia e

¹ Art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99 - “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais,

local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.

8. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substancial audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas:

I – uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de habitat, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobremais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou u'a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalhos de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão-somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano nativo). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a idéia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II - a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso

designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião in vitro é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo - como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôptica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia” (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V).

9. Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar à luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dr^a Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dr^a Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista:

“Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença”.

10. Já a Dr^a Lenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras:

“Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível”.

11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e unísono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.

12. É o relatório.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
3.510-0 DISTRITO
FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

De partida, assento a legitimidade do Procurador Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea a do inciso I do art. 102 da Constituição.

14. No mérito, e conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como “Lei de Biossegurança”. Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado passar de olhos sobre as suas questionadas inovações. Ei-los:

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

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

§ 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997” (“Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”).”

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos deônticos, a saber:

I - a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as “células-tronco embrionárias”; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocito, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extra-corpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: “O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabete melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas”²;

II - a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes e cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com célulastronco embrionárias: a) o não-aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não-viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, “O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica”³; c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data

² Texto de Marco Antonio Zago, inserido na coletânea “Células-tronco, a nova fronteira da medicina”, Atheneu editora, p. 110, ano de 2006.

³ Em “O STF e as células-tronco”, jornal “Correio Braziliense”, coluna “Opinião”, edição de 29 de fevereiro de 2008).

da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido in vitro, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;

III – o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente, com células-tronco embrionárias, o que redundará na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;

IV - por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (art. 15, caput, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado “biodireito” (ver, no particular, o livro “Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética”, da autoria de Roberto Wider, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

16. Daqui se infere – é a minha leitura - cuidar-se de regulação legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro). Noutro dizer, o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro⁴.

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas

⁴ Lê-se em Luís Roberto Barroso que “A fertilização in vitro é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado” (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008).

no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal “ISTO É” de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94). Por conseguinte, linhas de pesquisa que não invalidam outras, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuopatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os “brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves”, segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de 10 a 15 milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da “MOVITAE – Movimento em Prol da Vida”) aponta como oriundos da seguinte fonte: “Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226”. 18. Ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, “se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano” (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – nº9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes.

19. Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil”, literis: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

“Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua aceção biográfica mais compreensiva (...)”⁵.

⁵ Em “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 20ª edição, p. 196, Malheiros Editores, 2001.

20. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu nominalizado registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. Indivíduo-pessoa, conseguintemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém criacionista ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo “residentes” no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “placa de Petri”), além de complementar a referência do seu art. 5º “aos brasileiros” para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de “nascidos”, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da “criança”, como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intra-uterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº

8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”. Pelo que somente só é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extrauterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, verbis:

“Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana.

Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria eurísticamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida”.

(fls. 1.118/1.119)

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro “Domínio da Vida” (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vaise adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho

desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem:

“Como afirmei, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico – a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância – e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido”.

(p. 122)

26. Sucede que – este o fiat lux da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, “desde a concepção, os direitos do nascituro” (do latim “nasciturus”); que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento. Se se prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (in Direito Civil, ano de 2001, p. 36): “Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”.

27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual “É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto” (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal” (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo “gestante” para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino. Não em placa de

Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercuro sexual para eclodir.

28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): “O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo DA FAMÍLIA, com a seguinte preocupação: ‘sugere normas de proteção à vida desde sua concepção’”⁶. Sugestão de nº 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, u’ a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como “a medida de todas as coisas”, na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores

⁶ Refiro-me ao texto, ainda inédito, que Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o título de “O CONSTITUINTE, A CONSTITUIÇÃO E A INVIABILIDADE GENÉTICA DO POSITIVISMO LÓGICO”, elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembléia Nacional Constituinte, disponíveis no site do Senado Federal.

brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que “O homem é sozinho a casa da humanidade”. E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema “TABACARIA”:

*“Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte isso, tenho em mim
todos os sonhos do mundo”.*

30. Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: um mais um, igual a um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de “célula-ovo” ou “célula-mãe”, em português, e de “célula-madre”, em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou indecidibilidade), mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivação de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana intra-uterina e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades⁷.

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às pp. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de “Células- Tronco, A Nova Fronteira de Medicina” (já o dissemos em

⁷ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª edição, págs. 269/273.

nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas⁸. Glossário que reproduzo nos seguintes verbetes:

“Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce in vitro na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos”;

“Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados”;

“Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral”;

“Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento”.

33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização in vitro”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece – insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozóide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial – também já foi ressaltado -, mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia. Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não

⁸ Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do Hemocentro de Ribeirão Preto.

se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana in vitro).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário, data venia, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão”. Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela “nidação” que já é a ante-sala do feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado)⁹:

“Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, vão restringindo sua capacidade de diferenciação”.(ob. cit., pp. 3 e 4, sem destaque no original)

36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado in vitro, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento in vitro, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a

⁹ Lê-se em Cláudio Fonteles (“A vida humana é dinamismo essencial inesgotável”, p. 1): “A vida humana é dinamismo essencial. Na fecundação – união do espermatozóide com o óvulo – e a partir da fecundação a célula autônoma – zigoto – que assim surge, por movimento de dinamismo próprio, independente de qualquer interferência da mãe, ou do pai, realiza a sua própria constituição, bipartindo-se, quadripartindo-se, no segundo dia, no terceiro dia, e assim por diante.

própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Donde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929):

“A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”;

“Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação”.

37. Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados in vitro, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da “auto-replicação”), poderiam experimentar com o tempo o risco de u’a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido potipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares. Dejetos tanto mais numericamente incontáveis quanto inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e seus produtos finais¹⁰.

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

39. Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de “família”. Família de pronto qualificada como “base da sociedade” e merecedora da “proteção especial do Estado” (caput do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.ºs. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de

¹⁰ De se registrar que a presente ação direta não impugna o descarte puro e simples de embriões não aproveitados “no respectivo procedimento”. A impugnação é quanto ao emprego de células em pesquisa científica e terapia humana.

existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de monoparental. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do “planejamento familiar”. Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo 226, *negritos à parte*). Donde a inteligência de que:

I - dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto responsabilmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 5º);

II – princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva.

40. Dá-se que essa figura jurídicoconstitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do artigo 226), que impõe ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito” (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas” (original sem destaque).

41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo certo que:

I - a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da “especial proteção do Estado” (base que é de toda a sociedade);

II - não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6,

10? Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos pari passu com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (sem negrito e sub-linha, no texto original).

44. Recolocando a idéia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais: o conjunto do artigo 227, impositivo do dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

45. Tudo isto, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável. Modelo concebido diretamente pela Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes (“excedentários”) dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a gestante a ter que aceitar verdadeira ninhada de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, literis: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher”.

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões in vitro está o fato de que tais embriões não

mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto in natura ou nãoartificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MackKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

“A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não-eu”.

47. É o trecho que se divisa às pp. 77 do mencionado livro “Domínio da Vida”. Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que:

“Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente ‘dentro’ dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo. É ‘dela’, e é dela mais do que de qualquer outra pessoa” porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está (...).”

48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. Não sabe o que é solidão, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero. Impossível esquecer! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas o início de uma trajetória intestinal que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária (“o absoluto e terrível colapso da luz”, na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, página 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de animação ou presença da alma, essa alma junta-se à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas vizinhas de porta, no interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um estar ali do lado, fisicamente, para se tornar um estar aqui por dentro, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana. É ele que verdadeiramente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie. Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. Monumentaliza por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas veias e a corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar).

50. São dois fenômenos concomitantes ou compresentes, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo benquerer. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito sobrevalora como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembrese). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do homo sapiens. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo a natureza mesma da maternidade. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria inda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermeneuta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psico-física e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas “de aluguel”, por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvarios, falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II - a opção do casal por um processo in vitro de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação in vitro; se é da contingência do cultivo ou testes in vitro a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião in vitro passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensase mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à ministra Ellen Gracie, presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança “conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade”.

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que um e outro diploma normativo se densedentaram na mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização”.

55. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras “desta vida de aquém-túmulo”, como diria o poeta Mario de Andrade. Confira-se o texto legal:

“A retirada ‘post mortem’ de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina” (art. 3º, caput).

56. O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião in vitro é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto omega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano¹¹. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral. 58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das

¹¹ Enquanto Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à existência da alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) “afirmava, categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior – quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino” (Dworkin, ob. cit., pp. 55/56). Disse mais Ronald Dworkin sobre o autor da Suma Teológica: “As idéias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão (...)” (pp. 56/57).

coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: “O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida. É impossível não questionar a vida” (Correio Braziliense, “Revista do Correio”, 27 de janeiro de 2008, ano 3, número 141, p. 32).

60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: “A paralisia cerebral é uma anomalia motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai. Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo contra o cérebro”. E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a profundidade amorosa: “Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão Vermelho conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar” (revista “Veja”, editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

61. Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se

reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.

62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ADIN sob *judice*, trago à ribalta mais uma invocação de ordem constitucional. É que o referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de nº 194. Mais ainda, saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). Com o que se tem o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo “ciência”, já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

“Art. 5º.

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”.

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

64. Acresce que o substantivo “expressão”, especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo subir à tona ou vir a lume de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica.

65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de nº IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: “A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências”.

66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da Constituição-cidadã para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de sistema; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

67. Tem-se, neste lance, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos (“Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento”, ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como “era do conhecimento”.

68. “Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquirições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez “o monstro da indiferença” (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham com pilhas nas costas não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões in vitro? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida estalando de nova (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u’a morte muitas vezes tão iminente quanto não natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse olhar póspositivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses

anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.

Fonte: Site oficial do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivocs/noticia/NoticiaStfanexoadi3510relator.pdf>. Acesso: 29 de out de 2009.