

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

NICOLLI CRISTINE FAVA

**O DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E A EVOLUÇÃO DOS
VALORES SOCIAIS**

**CURITIBA
2018**

NICOLLI CRISTINE FAVA

**O DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E A EVOLUÇÃO DOS
VALORES SOCIAIS**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em DIREITO, do
Centro Universitário Curitiba**

Orientador: Prof. MSc. Luiz Gustavo de Andrade

**CURITIBA
2018**

NICOLLI CRISTINE FAVA

**O DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E A EVOLUÇÃO DOS
VALORES SOCIAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos
professores:

Orientador _____
Prof. MSc. Luiz Gustavo de Andrade

Professor(a) Membro da Banca

CURITIBA, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Sempre ouvi que a vida nos reserva surpresas diárias e que na Academia viveremos os melhores anos de nossas vidas. Bom, há cerca de quatro anos, quando tive meu primeiro dia de aula, uma grande surpresa: todos os meus colegas de classe eram consideravelmente mais novos e me ensinaram infinitamente mais do que eu poderia prever. À vocês fica meu primeiro e sincero agradecimento!

Meu muito obrigada, também, à cada um de nossos Mestres. Vocês que, à sua maneira, já ocuparam nossas cadeiras sabem, perfeitamente, como lidar conosco. Sou grata pela paciência e dedicação, dentro e fora das salas de aula. Com muitos de vocês criei um vínculo especialmente peculiar, sadio. É excelente poder encontra-los, cumprimenta-los e receber um sorriso sincero em troca, pelos corredores.

Não posso deixar de falar nos amigos que fiz ao longo desses anos, pelas trocas de salas, grupos de pesquisas e agremiações. Levo comigo parte de vocês e digo que não sairia da mesma forma sem tê-los conhecido.

Agradeço aos meus pais e irmã por me ensinarem o conceito de família e cuidado. Pela criação e valores que, constantemente, me transmitem. Vocês formaram meu caráter e minha visão de mundo.

Por fim agradeço ao meu orientador, Prof. MSc. Luiz Gustavo de Andrade, com quem infelizmente não tive o prazer de ter aulas, mas pude conviver em pesquisa. A você agradeço cada sentença corrigida, cada indicação de obra e, principalmente, por todas as vezes que me tranquilizou. Obrigada pelo auxílio na construção deste trabalho.

EPÍGRAFE

*“Eu sou a terra, eu sou a vida.
Do meu barro primeiro veio o
homem.
De mim veio e mulher e veio o
amor.
Veio a árvore e veio a fonte.
Vem o fruto e vem a flor.
(Cora Coralina)*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo central apresentar a vida, como dom, dádiva e, por fim, desdobramento jurídico, através de normas que nem sempre condizem com a realidade do corpo social. Sobre a vida, a análise de que é nela e com ela que tudo se inicia. Sem vida, nada mais existe e isto dito livre e independentemente de qualquer juízo de valor. É, desde sempre e possivelmente sempre o será, o topo da cadeia protetiva do homem, ainda que não se fale em sobrepôr um bem jurídico – fundamental – ao outro. Isto posto, o presente trabalho analisa julgados de conhecimento nacional, como a ADPF 54, que ponderou acerca do aborto de fetos anencéfalos e o HC 124306/STF, que trouxera à baila o aborto até o terceiro mês de gestação. Será finalizado pelo exame da interpretação dada aos casos pela Constituição e pela Suprema Corte, bem como a recepção e valoração destes casos pela sociedade brasileira, estando o presente objeto dedicado à evolução da legislação protetiva do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Ao final, concluir-se-á que a vida deve prevalecer em sua plenitude de significado, que permitir e garantir seu direito não se restringe ao veto, propriamente dito, do aborto, mas à potencialidade que existe em toda a significação da palavra, além de tudo o que ela pode prover, como consentir, a partir dela, outras vidas. Não é mera multiplicação, mas a dádiva da vida em sua literalidade.

Palavras-chave: vida, aborto, ADPF 54, valor social, interpretação Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
1. INTRODUÇÃO.....	7
2. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.....	9
2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE DO CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES.....	9
2.2. DIREITO À VIDA: EVOLUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO LEGISLATIVA.....	12
2.3. DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONCEPÇÕES 16	
3. PRINCIPAIS DECISÕES DO STF SOBRE O DIREITO À VIDA.....	20
3.1. VIDA QUE SE SUSTENTA POR SI MESMA: A ADI 3.510/STF.....	20
3.2. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AO ABORTO: ADPF 54/STF.....	33
3.3. ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO: HC 124306/STF.....	46
4. DIREITO À VIDA E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	52
4.1. A EVOLUÇÃO DOS VALORES SOCIAIS.....	53
4.2. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE POR OMISSÃO: O CASO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL	56
4.3. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DO ABORTO?.....	61
4.4. EVOLUÇÃO DOS VALORES SOCIAIS E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	71
REFERÊNCIAS.....	75

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentará conceitos e, essencialmente, o processo de mutação de valores pelos quais passa uma sociedade, com foco voltado a certa evolução linear. Dados e casos julgados pelos Tribunais Estaduais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal serão descritos e meticulosamente analisados.

A importância deste trabalho encontra-se, sobretudo, na análise e posicionamento do Direito frente às mudanças enfrentadas e vivenciadas pelo corpo social: se ele acompanha e como o faz. Abordará o *modus operandi* usado pela sociedade para promover, mesmo que de forma um tanto quanto mais lenta, as alterações necessárias e pertinentes para tanto, no ordenamento jurídico como um todo, ou seja, como a sociedade positiva, de fato, o Direito.

O capítulo dois tratará a vida como direito fundamental que é. Apresentará conceitos doutrinários e legais, bem como a forma como foram construídos. Exporá, também, seu tratamento legislativo no decorrer dos anos, pelas diferentes legislações vigentes no país, bem como breves comparativos com legislações e tratados estrangeiros. Abordará a íntima relação existente entre vida e dignidade da pessoa humana, além da forma como juntas são tratadas pelo ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo fica encarregado da apresentação de casos de destaque no cenário jurídico brasileiro, todos eles com decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça. Entre eles a ADI 3.510 que trata de possível inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança, essencialmente no que diz respeito à utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas; a autorização judicial concedida pelo julgamento da ADPF 54 – o caso dos fetos anencéfalos – e toda discussão que perdurara oito anos nos tribunais, inclusive dando ensejo ao debate para possível elasticidade na lei para legalização do aborto em sentido *latu* e; finalmente do HC 124306/STF, que permitira, ainda que para um único caso, o aborto sob a justificativa de ocorrência até o terceiro mês de gestação.

Por fim o quarto capítulo traz a construção acerca dos valores sociais diretamente relacionados à vida e sobre os julgados até então demonstrados. À título de comparação – principalmente no que tange o ativismo do Poder Judiciário – fora mostrada a análise de inconstitucionalidade superveniente por omissão do caso da união estável homoafetiva, julgado pela ADPF 132 e como o pensamento do

coletivo social muda e pode influenciar aquilo que está ou virá a ser positivado em lei.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

O presente capítulo tratará de fundamentar a base deste trabalho. Inicialmente trará conceitos e características específicas dos princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, bem como de onde surge sua sustentação. Em seguida abordar-se-á a temática de evolução legislativa – constitucional e infraconstitucional – com relação não só aos princípios, mas conceitos que envolvem a construção, especialmente de *vida e dignidade da pessoa*.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE DO CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E DIMENSÕES

Sob panorama geral cumpre demonstrar que a doutrina define, separadamente, direitos humanos e direitos fundamentais. Ao primeiro reserva-se a noção de proteção em âmbito internacional, exemplificada por tratados internacionais; os fundamentais, por outro lado, são aqueles positivados na Magna Carta do país, que de acordo com Sarlet:

De tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados parcial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.¹

Tal diferença pode ser notada, também, quando relacionados aos temas dos chamados direitos natural e positivo. Direitos humanos, em toda sua amplitude, como aqueles que naturalmente devem conceder proteção à figura humana em caráter genérico e essencial, ressaltado seu caráter de âmbito internacional. Direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles cuja delimitação será escrita e positivada na

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 39.

Constituição, documento máximo de seu respectivo país. Portanto, quanto maior a amplitude de um direito - como os interesses pelos quais advoga - maior a influência e aplicabilidade do documento no qual será positivado.

Desde Aristóteles, o direito posto em ordenamento é aquele aplicado singularmente ao indivíduo, de sorte que o natural é direito do cosmos e do universo. É direito universal aplicado ao todo. Então, toda e qualquer forma de regramento posto e, conseqüentemente, imposto pelo ordenamento jurídico, tratar-se-á de positivo e, todo aquele que referir-se à esfera de direitos inerentes ao homem será considerado natural: aqueles dos quais, portanto, não poder-se-ão abrir mão, abdicar ou alienar. A esse respeito, assevera Bobbio:

[...] o primeiro limita-se a um determinado povo, ao passo que o segundo não tem limites; o primeiro é posto pelo povo (isto é, por uma entidade social criada pelos homens), enquanto o segundo é posto pela *naturalisratio*.²

O homens que, de acordo com a acepção cristã, foram criados a imagem e semelhança de Deus deverão tratar-se com dignidade e igualdade. Serão e permanecerão iguais em direitos, perante não apenas à divindade geradora, mas às leis terrenas (as naturais e as escritas). Por assim dizer, Sarlet traz a seguinte passagem:

[...] no início do século XVII (1603), defendeu a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência.³

O trecho transcrito acima remonta, ainda que de modo bastante sutil, o período compreendido entre os anos de forte atuação das correntes contratualistas, quando alguns influenciadores como Jean-Jacques Rousseau⁴ foram, além de

² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006. p. 18.

³ SARLET, 2012, p. 47.

⁴ As cláusulas desse contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato que a menor modificação as tornaria inúteis e sem efeito, de sorte que, embora talvez jamais tenham sido

precursores, disseminadores da forma que os homens relacionavam-se com o Estado, bem como o modo como o ente estatal interferia – direta ou indiretamente – em suas vidas. Dos direitos tidos como naturais e pertencentes à essência humana surgem as primeiras regras socialmente adotadas e aplicadas, principalmente, ao convívio das coletividades.

A partir do direito natural surgirão, também, as primeiras concepções acerca dos direitos fundamentais, que, por sua vez, serão positivados nos documentos constitucionais. Uma Constituição determinará, assim, o regramento daqueles direitos considerados essenciais à existência e vida humanas (valendo relacionar Constituição aos Direitos Fundamentais, portanto, referenciando o âmbito nacional). Pode-se dizer, inclusive, que o surgimento do Estado está ligado à necessidade de um ente personificado que proporcione segurança e proteção àqueles que habitam seu território. Nesse contexto os direitos fundamentais são divididos em dimensões,⁵ de acordo com mudanças históricas: a *primeira* delas remete ao estado liberal-burguês, no qual a intervenção estatal era minimamente ativa, permitindo ao particular agir de acordo, somente, com interesses próprios. A preocupação e proteção à vida surgem já nessa dimensão, na qual ainda não se falava em coletividade, mas numa tutela voltada especialmente à vida, liberdade, propriedade e igualdade. Todas elas sob a ótica privada; a *segunda dimensão*, por sua vez, aborda o caráter social. Surgem as primeiras noções de estado de bem-estar social, cuja preocupação voltava-se para o efetivo bem estar do indivíduo. Sarlet estabelece uma ponte entre os direitos de *primeira* e *segunda dimensão* quando diz: “também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da

formalmente enunciadas, são em toda parte as mesmas, em toda parte tacitamente admitidas e reconhecidas; até que, violado o pacto social, cada qual retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela. Bem compreendidas, essas cláusulas se reduzem todas a uma só, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade. Pois, em primeiro lugar, cada qual dando-se por inteiro, a condição é igual para todos, e, sendo a condição igual para todos, ninguém tem interesse em torná-la onerosa para os demais. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21.

⁵ “Geração e Dimensão: parte da doutrina têm se levantado contra o posicionamento acima firmado, uma vez que, para eles o termo “gerações” é impróprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Fundamentam seus argumentos no fato de que o termo gerações poderia desencadear a falsa idéia no seguinte sentido: conforme fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra, o que como sabemos, jamais poderá acontecer. Tal posicionamento doutrinário defende que o mais correto seria a expressão “dimensão”, e não geração.” JUNIOR, José Eilaci Nogueira Diégenes. Gerações ou Dimensões dos direitos fundamentais? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 31 mar 2018. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>

terceira dimensão”,⁶ como se buscassem, então, corrigir aquilo que a *primeira dimensão* deixara a cargo do particular. Por fim a *terceira dimensão*, que protege o indivíduo inserido numa coletividade. Sobre ela, aponta Sarlet:

[...] A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.⁷

Traçado paralelo entre as mencionadas dimensões, nota-se em cada uma delas o espelho e a evolução histórica do convívio humano com o direito, que inicialmente tutela o indivíduo para, por fim, salvaguardar anseios da coletividade. Observa-se, portanto, que a proteção à vida humana jamais fora deixada de lado, uma vez que referido bem jurídico se fez presente desde a primeira dimensão de direitos.

2.2. DIREITO À VIDA: EVOLUÇÃO DE SUA PROTEÇÃO LEGISLATIVA

Dworkin, em sua obra intitulada *Domínio da Vida*, afirma que a vida possui valores intrínsecos e inatos, além de considera-la sagrada por si mesma, pelo simples fato de ser vida. Para ele “[...] a vida humana começa quando a sua vida biológica se inicia, ainda antes que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios”.⁸ Para esse autor, a vida possui, inclusive, valor cósmico.

Noutra obra, ainda no primeiro capítulo do clássico sobre aquilo que denomina *A metafísica dos costumes*, Kant descreve:

⁶ Ibid., p. 57.

⁷ Ibid., p. 58.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 13.

[...] A faculdade do desejo é a faculdade de mediante as próprias representações ser a causa dos objetos dessas representações. A faculdade de um ser atuar em conformidade com suas representações é denominada vida.⁹

O autor constrói uma fina, porém resistente linha como elo de ligação entre os princípios que regem a lei humana, naquilo que refere-se à sua estrutura – a chamada *metafísica* - que dá origem a todos os costumes e leis da razão, utilizando da vontade humana como fundamento das ações, leitura que será retomada noutro oportuno momento.

Na Constituição de 1988, o direito à vida é tratado, também, indiretamente. A esse respeito Renata da Rocha:

Assim, a vida, além de ser tutelada pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988, também o é em outros dispositivos constantes na Magna Carta de 1988, tais como: o direito à saúde (arts. 194 e 196), a inadmissibilidade da pena de morte (art. 5º XLVII, a), a proteção à criança e ao adolescente (art. 227, caput e § 1º, II), o direito à subsistência (art. 7º), o amparo aos idosos e a assistência àqueles que dela necessitem (arts. 230, 203, IV e 3º IV), e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).¹⁰

Sob ponto de vista constitucional, a hoje Ministra e Presidente da Suprema Corte Federal, à época advogada, Cármen Lúcia demonstrara que, uma vez construída base acerca da *vida* e sua definição – que não única – atrela-se à essa o conceito de *dignidade humana*. Portanto, aquele que possuir vida deve ter garantida, por consequência, sua dignidade. Ela trata *vida, dignidade, homem e direito* de forma quase poética. A esse respeito: “[...] O direito põe-se como uma forma de se dotar de certeza a vida de cada um e a vida com os outros. É o bem supremo e primário a partir do qual todos os outros direitos se estruturam”¹¹. E segue pontuando: “[...] O direito cuida da vida. Qualquer vida. Quanto mais vida, mais direito. Quanto mais eficaz o direito, melhor a vida. Ou mais garantida em sua

⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 60.

¹⁰ ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa com células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 132.

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 14.

dignidade tranquila e segura do outro e com o outro”.¹² Uma última concepção pela autora acerca de vida e dignidade:

A dignidade como princípio constitucional é de toda a existência, não apenas do viver humano. Põe-se, portanto, como valor moral e social que se faz princípio constitucional e se impõe como norma de que não se pode escusar qualquer pessoa e que estende os direitos e os deveres da vida para além do indivíduo. O direito à existência digna abrange o direito de viver com dignidade [...] O direito contemporâneo não reconhece a garante apenas o direito à vida (ou o direito à existência), mas a vida digna (ou a existência digna).¹³

Deveras controvertido é o momento em que se inicia a tutela da vida. Nesse aspecto, Cármen Lúcia assevera: “[...] A Constituição da República brasileira, que se refere não apenas a todos os homens, mas a todos os que traduzam a expressão do humano, deixa em aberto a questão do momento em que se titularizam direitos fundamentais”. Para a Constituição de 1988 esse momento acontece a partir do nascimento com vida; para o Código Civil, emprega-se proteção ao nascituro desde a concepção. Aqui encontra-se um gancho importante para questões como as do aborto e da utilização de células-tronco embrionárias, que serão tratadas nos capítulos seguintes deste trabalho.

Na corrente civilista, direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, são observados por Schreiber:

No decorrer dos últimos séculos, o tema foi tratado sob diferentes enfoques e distintas denominações. A Assembleia Constituinte Francesa, por exemplo, referiu-se, em sua célebre declaração de 1789, aos *Direitos do Homem e do Cidadão*. Já a Declaração das Nações Unidas, de 1948, emprega a expressão *Direitos Humanos*. A Constituição brasileira de 1988 dedica-se, em seu Título II, aos *Direitos e Garantias Fundamentais*. O Código Civil brasileiro reserva um capítulo aos *Direitos de Personalidade*.¹⁴

Na sequência explica que, assim como Direitos Humanos tratam de tutela em âmbito internacional e Direitos e Garantias Fundamentais tutelam direitos a nível nacional – público – os Direitos de Personalidade tratarão das relações entre

¹² Ibid., p. 15.

¹³ Ibid., p. 26.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

particulares. Como o mesmo autor explica: [...] Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana.

Para o Código Civil Brasileiro – 1916 e 2002 – a *vida* toca questões relacionadas aos *direitos de personalidade*. Em seu artigo 2º descreve: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”.¹⁵ Nesse sentido, tem-se vida como premissa para edificação da personalidade do indivíduo.

Quanto aos mencionados *direitos de personalidade*, o mesmo Código, em seu Capítulo II, diz no Art. 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Portanto, a proteção que a Constituição garante à vida é ratificada em legislações infraconstitucionais, como o Código Civil e o Código Penal, tratado mais adiante.

Por fim, a esse respeito, Schreiber afirma que o Código Civil sofreu drásticas alterações, com relação à dignidade humana, após a promulgação da Constituição que 1988:

A consagração da dignidade humana no cenário internacional e sua incorporação à Constituição brasileira de 1988 atingiram em cheio o direito privado e especialmente o direito civil. Antes restrito ao tratamento das coisas, marcado por uma ótica excessivamente patrimonialista, o direito civil brasileiro abriu, enfim, os seus olhos para as pessoas.¹⁶

O Código Penal – 1940 – trata a vida em sua parte especial. Protege esse bem jurídico do homicídio à sua instigação ou induzimento, ou seja, todo e qualquer ato que atente contra a continuidade da vida humana. Nele esse direito consiste:

[...] a proteção à vida, bem maior do ser humano, tem seu fundamento na Constituição Federal, propagando para os demais ramos do ordenamento jurídico. O direito à vida, previsto, primordialmente, no art. 5º, *caput*, da Constituição, é considerado um direito fundamental em sentido material, ou seja, indispensável ao desenvolvimento da pessoa humana, o que PONTES DE MIRANDA chama de supraestatal, procedente do direito das gentes ou direito humano no mais alto grau. Entretanto, nenhum direito fundamental é

¹⁵BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017. p. 149.

¹⁶Ibid., p. 10.

absoluto, pois necessita conviver harmonicamente com outros direitos, igualmente essenciais.¹⁷

O direito penal é costumeiramente identificado como *ultima ratio*, cuja tutela atua somente quando outros meios de proteção não são suficientemente eficazes. Nesse sentido, portanto, trata-se de direito material utilizado, exclusivamente, quando as medidas anteriores não foram capazes de proteger o bem jurídico, aqui, além da vida, a dignidade da pessoa humana. O Código elenca, em sua Parte Especial, os chamados crimes contra a vida. Entre eles estão: homicídio – simples, culposo e qualificado – admitido, inclusive, sob tratamento dos crimes hediondo, infanticídio e o aborto, modalidades essas que serão abordadas em momento oportuno.

2.3. DIREITO À VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONCEPÇÕES

Independentemente do debate as defesas e colocações doutrinárias serão, sempre, diversas, e é desse modo que se formam as correntes de pensamento. Dignidade é termo rico e, ao mesmíssimo tempo, raso de justificação. É, sobretudo, amplamente subjetivo, uma vez que ainda que não se consiga defini-lo em poucas e breves palavras, sua lógica integra o senso comum. Mesmo que não de forma uníssonas, todo e qualquer indivíduo sabe ou é capaz de compreender o peso que a palavra dignidade e, mais, que dignidade da pessoa humana carregam consigo.

Dentro de um apanhado de autores, Weine,¹⁸ por exemplo, declara ser impossível precisar quando o termo, bem como suas primeiras concepções surgiram, em que pese afirmar que antes de pertencer ao Direito positivo pertencera às ideias relativas à filosofia e à teologia. Nesse sentido é possível vislumbrar que, como tudo aquilo que o Direito positiva, antes esse tema fora profundamente pensado. Traz, logo no início da mesma obra, a questão etimológica:

¹⁷NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 629.

¹⁸ WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana: a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

[...] “dignidade”, sem estar acompanhada do adjetivo “humana”, tem como ponto de partida o verbo latino *deceat* (“ser conveniente”), de onde provêm o adjetivo *dignus* (“que convém a”, “merecedor”, “digno de”) e o substantivo *dignitas* (“dignidade”, “mérito”, “nobreza”, “excelência”). Em todo caso, a palavra “dignidade” remete à noção de “respeitabilidade”¹⁹

Sarlet²⁰ remonta os conceitos da antiguidade clássica - quando *dignitas* referia-se àqueles com papel de grande destaque na comunidade – e do povo estóico, cujo princípio ligava-se à noção de qualidade do ser humano e só ele, dentre todas as outras criaturas, a possuía. Pelo Dicionário Aurélio, o termo refere-se à: “[...] Qualidade de digno; modo digno de proceder; procedimento que atrai o respeito dos outros; brio, bravidade; cargo ou título de alta graduação”.²¹

Quando o assunto toca a inserção no ordenamento jurídico, por sua vez, mesmo que impreciso o exato momento e, considerando, suas inúmeras formas de conceituação, a dignidade torna-se integrante dos regramentos positivos a partir das atrocidades cometidas na Alemanha Nazista e, principalmente, das duas Grandes Guerras Mundiais. Constituições espalhadas mundo afora, a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração dos Direitos do Homem (1948) são fortíssimos exemplos da positivação do princípio, hoje, além de Constitucional, universalmente reconhecido. Compreendido até mesmo quando se busca, propositadamente, feri-lo. A Carta traz em seu preâmbulo:

[...] nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas...²²

Carmén Lucia²³ vai mais a fundo, quando aponta a dignidade como a estrutura de todos os demais direitos fundamentais. É nela que se encontra todo o valor jurídico-moral da pessoa humana. É, portanto, considerada o coração jurídico dos princípios constitucionais. Nesse mesmo sentido, segue dizendo:

¹⁹ Ibid., p. 31.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais:** na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 32.

²¹ **Dicionário Aurélio Online.** Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/dignidade>>

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945.

²³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes, 2004, p. 37.

[...] traduz um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional, que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios ²⁴.

Ainda sob aspecto jurídico, Sarlet prossegue:

[...] uma conceituação clara do que efetivamente seja dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo difícil de ser obtida, isso sem falar na questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje. ²⁵

Quando o Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que “Todos os Homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” ²⁶, refere-se ao invólucro de direitos que o homem carrega a partir do momento que adquire vida. Sob a guarda do Estado, portanto, reserva-se a tutela dos direitos. Ainda para Carmén Lúcia: “Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundante do sistema constituído”²⁷. Sob esse raciocínio, portanto, para além do Estado, está o pressuposto de que uma vez existente o princípio, por ele têm o dever de respeito todos os homens e leis desta Terra. Assim sendo, o princípio protagonista no presente tópico é direito próprio de todo indivíduo dotado de um viver, que, inclusive, jamais dependerá de sua conduta. Quer dizer que não importa o que faça. Ainda que aja de forma socialmente reprovável, ou reconhecidamente louvável, nada sofrerá com isso a sua dignidade.

Não se trata da inexistência de significado, mas de um saber particular do homem. É termo deveras amplo e, ainda que não se poste por palavras, conhece-se seu teor e aplicação. O homem, mais do que sabe, sente o viver digno. Sente mais ainda a ausência deste. Sobre esta amplitude, inclusive, pontua Sarlet: “[...] Com

²⁴ Ibid., p. 38.

²⁵ Ibid., p. 47.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – ONU, 1948.

²⁷ ROCHA, 2004, p. 39.

efeito, não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é”.²⁸ Além da difícil tarefa que reside em explicitar um termo tão carregado de significação, faz-se importante ressaltar que não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem vida. São termos que não se separam. Por fim, cumpre mostrar que mesmo personagem de grande destaque no rol de princípios constitucionais, encontra-se, ainda e portanto, sob processo de construção conceitual.

²⁸ Ibid., p. 48.

3. PRINCIPAIS DECISÕES DO STF SOBRE O DIREITO À VIDA

Este item tratará especialmente do que são, bem como as finalidades a que se prestam, as células-tronco de seres humanos, sejam elas embrionárias ou adultas e, para isso, serão necessárias algumas elucidações a respeito de assuntos paralelos, como a reprodução assistida, abordada adiante, além da provocação do Judiciário através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/ST, que pleiteara a invalidade da Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005.

3.1. VIDA QUE SE SUSTENTA POR SI MESMA: A ADI 3.510/STF

Primeiramente, um panorama geral a respeito das células-tronco. Independentemente de quais sejam, possuem duas propriedades tidas como fundamentais: a primeira delas refere-se à capacidade de autoperpetuação e autorreplicação, onde por divisões feitas a partir de si mesmas são capazes de originar células idênticas; na segunda delas, porém, é que reside o principal atrativo para a ciência: a habilidade que algumas dessas células têm de converterem-se em outros tipos celulares especializados, responsáveis pela formação dos mais variados órgãos do corpo humano.²⁹

Ainda sobre suas definições, a doutrina competente traz apontamentos a respeito do que são células *totipotentes*, *pluripotentes*, *multipotentes* e *unipotentes*, cuja classificação varia de acordo com o grau de especialização que possuem. Cabe demonstrar, ainda que brevemente, o que vem a ser cada uma delas: as *totipotentes* contribuem para a formação de todos os tecidos celulares de um organismo adulto e são capazes de gerar um indivíduo completo. Para elas são contabilizadas 16 células; as *pluripotentes*, ao contrário das primeiras, não permitem a geração de um organismo por completo, porém são aptas à auto-renovação; *multipotentes* são aquelas cuja soma forma tecidos e órgãos do corpo humano. Também chamadas, por esse motivo, de células somáticas. São encontradas em indivíduos

²⁹ROCHA, Renata da, 2008. p. 41.

desenvolvidos, como no cordão umbilical de crianças; por fim, porém não menos importante, as *unipotentes* serão aquelas com potencial para desenvolver-se em apenas um tipo celular, porém com capacidade de autorrenovação.

Dado curto passo a partir do ponto acima, é possível traçar um legítimo e conveniente paralelo com a origem da vida, sobretudo as descobertas feitas pelo homem a esse respeito. Sob esse aspecto, uma vez já introduzidas ideias acerca da vida humana, considera-se válido prosseguir esta seção com exposições e apontamentos sobre o que vem a ser o *Projeto Genoma Humano*, bem como demonstrar algumas questões com relação à utilização de células-tronco. Para melhor compreensão é necessário retomar, como ponto de partida, a origem da vida, contados alguns conceitos e termos técnicos das ciências médica e biológica, conforme aponta Renata Rocha:

[...] O DNA... elemento encontrado no núcleo das células, é composto por quatro bases: Adenina (A), Citosina (C), Guanina (G) e Timina (T). As inúmeras variações dessas bases formam o arquétipo do nosso genoma humano.³⁰

De forma bastante simplista o *sequenciamento original* ou *genoma original* é a vida reduzida a um código, guardado no núcleo de uma célula, replicando novas estruturas celulares a partir do RNA, que trata-se de “[...] estrutura genética menos resistente que possui como um de suas principais finalidades a replicação de informações do núcleo central”.³¹

Quanto às definições, a obra de Dalvi traz:

As células-tronco (...) são as grandes precursoras que construirão as pontes entre o ovo fertilizado, que é a nossa origem, e a arquitetura complexa na qual nos tornamos. Dito de outra forma, as cerca de 75 trilhões de células que constroem um corpo humano derivam das células-tronco e também, à medida que crescemos e envelhecemos, são elas que repõem os tecidos danificados ou enfermos. Graças a essa habilidade, atuam como verdadeiro sistema reparador do corpo, fazendo a substituição das células ao longo de toda a vida de um organismo.³²

³⁰ DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 41.

³¹ *Ibid.*, pp. 42 - 43.

³² MARQUES, Marília Bernardes. **O que é célula-tronco**. São Paulo: Brasiliense, 2006, pp. 19 - 82.

Há várias as benesses nesse sentido. Ao mapear o código genético de um ser humano, o homem se permitira ao entendimento da disposição daquilo que o constitui. O mesmo entendimento que aponta aquilo que eventualmente fora concebido de forma incorreta, como espécies de falhas no sistema. São esses erros genéticos os causadores de meros maus funcionamentos à graves patologias de um ou de vários órgãos que compõem o corpo humano.

O leque de novidades e conhecimentos proporcionados por esse tipo de pesquisa permite ao homem não só remediar, mas prevenir graves doenças que há pouquíssimas décadas foram capazes de dizimar populações inteiras, a exemplo da *tuberculose*, que chegara a figurar na lista de estado de urgência emitida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1993. É a partir do mapeamento genético que o homem torna-se apto para, ao menos, suavizar os efeitos das mais diversas doenças que o acometem, uma vez que tornara-se capaz de identificar a porção genética causadora de determinadas mutações, como no caso do indivíduo portador da *Síndrome de Down*.³³ Esses avanços científicos funcionam como motores de propulsão:

A segunda metade do século XX marca o início de uma nova era para as ciências da vida. A decodificação da molécula de DNA ensejou descobertas, achados, avanços e um contínuo desenvolvimento no mundo científico. A biologia, associada à química e à medicina, deu início ao que hoje se denomina biologia molecular.³⁴

Como toda e qualquer pesquisa científica, o projeto genoma teve início em laboratório, com animais gerados exclusivamente para esse fim. Os estudos com seres humanos aconteceram somente quando as informações passaram a ser vistas como suficientemente sólidas e relevantes. A esse respeito, Lygia da Veiga Pereira:

[...] nosso genoma é composto de milhares de comandos, que chamamos de genes. Cada um dos 30 mil a 40 mil genes que estima comporem nosso genoma é uma instrução específica para a formação e o funcionamento de um ser humano. Os genes regulam todas as nossas características: altura,

³³ Mutação genética encontrada no cromossomo de número 21. INSTITUTO FEDERAL RIO GRANDE DO SUL. **Síndrome de Down**. III Mostra IFTEC Ciência e Tecnologia. Rio Grande do Sul – Caxias do Sul, n. 3, 26 e 27 set. 2014.

³⁴ ROCHA, Renata da, 2008, p. 35.

cor da pele, etc. Aliás, cada ser vivo tem a sua própria receita, seu próprio genoma.³⁵

Como observação aos tópicos acima, essa pesquisa não deixaria de considerar merecido destaque à definição e ao modo de utilização da chamada fertilização *in vitro*, ou simplesmente reprodução assistida. Utilizada pela primeira vez em 1978, trata-se da reprodução em laboratório, sob condições biologicamente ideais, do processo de fecundação. Inicialmente tida como medida paliativa às mulheres com algum tipo de dificuldade para engravidar, para homens com baixa contagem de espermatozoide, ou para aqueles (sejam casais ou pessoas sem um companheiro) que simplesmente optam pelo congelamento de seu material genético para utilização futura. A esse último caso reserva-se, em instrumentos legais e em regulamentos internos dos laboratórios, o período máximo pelo qual tais materiais serão armazenados. É justamente nesse ponto que faz-se válida ligação entre a reprodução assistida e o notável crescimento das pesquisas genéticas utilizando células-tronco embrionárias.

Disciplina encontrada na Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005,³⁶ estabelece em seu artigo 1º “[...] normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação [...] a pesquisa, a comercialização [...] e o descarte de organismos geneticamente modificados”, sendo permitido aproveitamento diverso do material excedente, desde que com a finalidade de terapia ou pesquisa, e desde que atendidos os requisitos do artigo 5º da mesma lei, como tratar-se de embriões inviáveis ou congelados há tempo igual ou superior a 3 (três) anos, contatos do congelamento e respeitada data da publicação da lei.

A comunidade médica, que concentra todas as suas justificativas a esse respeito na possibilidade de inovação, bem como na consequente descoberta para a cura de doenças que atingem grande parte da população mundial, como o *Mal de Parkinson* e o *Alzheimer*. A terapia celular volta-se, sobretudo, à medicina regenerativa. A esse respeito, um questionamento consideravelmente pertinente: e

³⁵ DALVI, Luciano, 2008, p. 29.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

se o avanço da época permitisse evitar as milhares de mortes que aconteceram pela tuberculose? O diabetes e as doenças cardíacas da atualidade, são equivalentes às grandes moléstias do passado.

Renata Rocha explica a curiosidade humana, nesse aspecto, da seguinte forma:

O problema do conhecimento, da ciência – demonstra-se, portanto, uma questão filosófica (a necessidade humana do saber), uma questão política (o fenômeno humano do poder, de dominação da realidade) e, por certo, uma questão jurídica: a liberdade do homem e suas limitações.³⁷

Por outro lado, um dos principais fundamentos daqueles que se colocam em posição contrária à utilização de material embrionário mantém o foco nos resultados de recentes pesquisas que apontam as células-tronco adultas, como aquelas encontradas no sangue do cordão umbilical de uma criança recém-nascida, tão eficazes quanto aquelas que são retiradas do embrião. A esse respeito, especificamente quanto as células adultas, Renata Rocha:

A princípio os pesquisadores acreditavam que essas células eram capazes de dar origem somente aos tecidos dos quais provinham, característica essa que acabava por impingir-lhes a especificidade da multipotência. Porém, a lista de tecidos onde vêm sendo localizadas células-tronco adultas, dotadas de pluripotência, aumenta com o avanço das pesquisas e na relação já são citados o sangue, a medula óssea, o cérebro, vãos sanguíneos, músculo, intestinos, fígado, pâncreas, como também o sistema nervoso e a pele.³⁸

Além do que descrevera o trecho acima, muito se fala na possibilidade de reificar o ser humano a partir de seu material genético. Essa preocupação surge com as já mencionadas pesquisas envolvendo o Genoma Humano. A obra de Renata Rocha traz, também, números a esse respeito: “[...] o mercado comercial potencial para os testes genéticos é estimado em dezenas de bilhões de dólares, já nos primeiros anos do século 21”.³⁹ Destaque para o ano do livro que apresenta a cifra: 2008. Outro dado interessante e, ainda em mesmo sentido, encontra-se no ano de

³⁷ ROCHA, Renata da, 2008, p. 129.

³⁸ Ibid., p. 43.

³⁹ Ibid., 27.

1865, quando a primeira patente de ser vivo fora concedida, na França, a Louis Pasteur. Tratava-se do levedo da cerveja, livre de qualquer contaminação bacteriana. A partir daí, segue Rocha:

Desde então tem se admitido a patenteabilidade de microorganismos vivos sem restrições, abrindo-se precedentes para futuras demandas, envolvendo não somente o universo dos microorganismos vivos, mas, sobretudo, de outras espécies de vida, aí incluída a espécie humana.⁴⁰

Logo a seguir, o mesmo livro apresenta matéria veiculada em meio de grande circulação, apontando Singapura como um país que veta o comércio da goma de mascar, todavia permite a venda de células-tronco. Nele, pesquisadores podem encontrar o material por cerca de R\$ 12 mil o frasco.⁴¹ Consagra-se, aqui, a figura do *empreendedorismo biomédico*.⁴² Ora, é a partir daqui que dignidade humana encara a possibilidade de comércio do homem, mesmo que em partes. É como conceder à figura humana um poder dúbio: através do conhecimento adquirido por meio dos avanços da biotecnologia, torna-se também economicamente mais poderoso, uma vez que seu saber passa a valer como moeda de troca. Quanto à essa duplicidade facetaria de poder, aponta Comparato: “[...] todo problema reside, porém, em saber o que faremos com essa capacidade crescente de interferir na biosfera e na evolução do gênero humano.”⁴³ - é o que o autor designa *ciência sem consciência*. Ainda nesse sentido – de coisificação – é que se perfazem os votos dos Ministros Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Todo o aparato estabelecido para essa seção atinge, portanto, o linear entre pesquisa, reprodução assistida e utilização de células-tronco. Dessa construção faz-se a cama para as discussões bastante acaloradas e contrárias à realização de tais explorações, já que estudos recentes apontam que o mesmo nível de potencialidade é encontrado em células adultas. Logo, o questionamento principal toca a necessidade de se extirpar uma potencial vida, ou produzi-la especialmente com a finalidade de estudá-la e replicá-la para fins de pesquisa. Nesses casos independe a

⁴⁰ Ibid., 31.

⁴¹ LEITE, Marcelo. “**Fuga de células**”. Caderno Mais! Folha de S. Paulo, 20 ago. 2006, p. 9.

⁴² O estabelecimento das ciências médicas como ciências-business, que se dedicam a alcançar resultados que são relevantes em termos de cifras econômicas e não tanto em termos de saúde. ROCHA, Renata da, 2008, p. 70.

⁴³ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 28-31.

possibilidade de se prevenir doenças ou salvar vidas em perigo iminente. Fala-se apenas no tamanho do significado de uma vida e na extrema proteção que lhe é, não só conferida, mas devida, desconsiderado estágio em que se encontre.

Ainda que a biomedicina note-se em estado de avanço constante com relação à essas descobertas, é na célula-tronco embrionária que reside a grande questão, pois ainda segundo Renata Rocha:

É no embrião que são encontradas, em abundancia, as células-tronco embrionárias humanas, também conhecidas como células ES (Embryo Stem Cell) dotadas de pluripotência, ou seja, capazes de se converterem em outros tipos celulares e de serem utilizadas na reparação de tecidos específicos, ou mesmo, na produção de órgãos.⁴⁴

É a partir desse embate que o direito, guardião legítimo da tutela dos bens jurídicos do homem, apresenta-se através de uma ramificação - chamada Biodireito - cuja finalidade consiste em salvaguardar a teoria e a legislação referente à conduta humana, a partir das práticas de pesquisas e avanços biológicos. Trata-se, essencialmente, da inovação versus a fundamentação moral; a pesquisa versus a limitação do poderio do homem.

Agora, superados os conceitos e demais noções, partir-se-á às questões legislativas e jurisprudenciais. O tratamento, a partir daqui, tocará os reflexos causados nos mundos social e jurídico a partir da ADI 3.510/STF, cujo objeto principal de discussão fora a inconstitucionalidade da Lei nº 11.105/2005. A Ação Direta de Inconstitucionalidade fora proposta pelo, à época, Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, contando com relatoria do Ministro Carlos Britto. Atacava diretamente o art. 5º da Lei de Biossegurança, cujas disposições referem-se à utilização de embriões humanos, ora classificados como excedentes, em pesquisas científicas:

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

⁴⁴ ROCHA, Renata da, 2008, p. 43.

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 1997.⁴⁵

A esse respeito, entendera a Procuradoria-Geral da República que nas pesquisas em células embrionárias incidia crime contra a vida – retomadas as exposições do primeiro capítulo deste trabalho - que, para o ordenamento jurídico brasileiro, tem início com a concepção. É a partir desse cenário e utilizando-se do § 1º, do artigo 9º, da Lei 9.868/1999, que fora designada para o dia 20 de abril de 2007 a primeira audiência pública do STF. Nesse dia reuniram-se profissionais de diversas áreas e com notório saber com relação à matéria em pauta. Nela estavam presentes 11 especialistas a convite do STF e mais 11 a convite da Procuradoria-Geral da República, além de membros da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil e de quatro pesquisadores indicados pela Presidência da República. Os convidados dividiram-se em dois grandes blocos: um favorável e outro contrário à utilização de células embrionárias para fins de pesquisa.

Muito se falou a esse respeito, inclusive pelos próprios magistrados, acerca da legitimidade da Corte Suprema para, além de debater, decidir a questão. *Hard cases* como esses são considerados vãos do direito – no sentido *latu sensu* -, o que o positivismo jurídico, por exemplo, não permite e o faz por considerar que:

[...] não admite que o jurista analise o conteúdo das normas, trabalhando apenas com o sistema lógico transcendental, uma vez que a norma inferior

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

deve buscar sua validade na norma hierarquicamente superior até chegar à Norma Hipotética Fundamental.⁴⁶

Para Maria Helena Diniz⁴⁷ essas lacunas preenchem os requisitos daquelas normas classificadas por lacunas ontológicas,⁴⁸ em que muito embora exista normativa jurídica, esta não corresponde à realidade vivida, como, por exemplo, o considerável desenvolvimento das relações sociais ou o avanço e progresso técnico. Esse é o típico caso aplicável, tanto ao presente tópico, quanto ao seguinte, que relacionar-se-á à antecipação terapêutica provocada nos casos de presença de fetos anencefálicos.

De um lado os que defendem, como a Dra. Mayana Zatz⁴⁹ (Universidade de São Paulo – USP), que argumenta somente existir vida a partir do décimo quarto dia após a fecundação, quando começam a formar-se as primeiras células nervosas. Em linhas bastante gerais, os argumentos utilizados, nesse sentido, foram de que a cessação da vida dá-se pela verificação de atividade neural, logo, seu início deve valer-se do mesmo critério. Por outro lado, para o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes (UFRJ): “[...] já nos primeiros estágios de desenvolvimento embrionário há a evidenciação dos batimentos cardíacos. Será que a vida começaria aqui? Mas e tudo o que aconteceu antes não era humano? [...] onde mais a vida começaria?”.⁵⁰

Volta-se, portanto, a um dos grandes questionamentos deste trabalho: onde se inicia a vida? De um lado aquilo que prega a Constituição, lei máxima dessa República Federativa; De outro normas infraconstitucionais, por óbvio, hierarquicamente inferiores à Magna Carta. Nitidamente distinta é a posição e argumentação de ambos os documentos a esse respeito. Vida para a Constituição é aquela que efetivamente nasce, que persiste. Sob esse aspecto, o Ministro Relator é bastante enfático quando diz:

⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 28 mai. 2010.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 95.

⁴⁸ Ontologia: teoria metafísica do ser. **Dicionário Aurélio Online**. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/ontologia>>.

⁴⁹ OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**: breves considerações. Brasília, outubro de 2007. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/137/108>>.

⁵⁰ OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, loc. cit.

[...] 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 *clausula 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). [...] 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).⁵¹

Desse modo somente haverá tutela constitucional, a partir de um nascer com vida, pois somente à ela se atribui personalidade. *Vida*, portanto, será mero predicado de *nascer*, ao contrário do que positiva a norma infraconstitucional - a exemplo do Código Civil - que entende existir vida num indivíduo desde a sua concepção. Sob esse aspecto a norma infra propõe tutela anterior àquela concedida pela Constituição. De modo diverso à essa última o faz a Lei de Biossegurança. O objeto da ADI, nesse sentido, surge com a observância de: para que haja embrião faz-se necessária a concepção. Em que pese a Constituição proteja a vida a partir do sucesso do nascimento, para a legislação infraconstitucional a tutela se faz presente desde o momento da fecundação, afastando, portanto, a necessidade de nascimento com vida. É desse modo, portanto, que a Lei n.º 11.105/2005 fora vista por determinadas bancadas como afronta direta à Constituição da República. Considera que o descarte da vida, ainda que em potencial e mesmo na ausência fecundação, é o mesmo que coisificar o ser humano. É atribuir a ele o caráter de objeto.

O Ministro Relator utiliza da fala em defesa da Lei de Biossegurança, quando a chama de “bloco concatenado e normativo” cuja finalidade toca a permissividade de pesquisas, não contra, mas em prol da vida humana. Explica a vida Constitucional através do termo *biográfico* segundo o qual, por definição, somente existirá efetividade naquela que sobrevier, naquela que existir e ocupar dado espaço geográfico. Sob esse aspecto, portanto, vida é aquela que resiste à saída do útero e prospera. Segundo seu voto, aponta o Relator:

⁵¹ BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510**, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 28-05-2010.

[...] De nacionalidade brasileira ou 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.⁵²

E segue argumentando que a proteção à que se refere o texto Constitucional trata da concretude da pessoa humana. “[...] É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo”.⁵³ Finalmente, ainda nesse sentido, é substancialmente enfático ao dizer que “[...] três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana”. É, portanto, sequencia logicamente encadeada, cujo produto final – e apenas este – será a vida.

Sobre a vida, inclusive, certa analogia mostra-se bastante pertinente: a cessação da vida é invariavelmente atestada pela morte encefálica, já demonstrada neste trabalho como o fim de toda e qualquer atividade cerebral do indivíduo. Agora, se a atividade cerebral é considerada marco - de início e fim - da vida humana, destaca-se a anotação de que um embrião, por óbvio, não desenvolveu qualquer traço de atividade neural. Sendo assim o que existe, aqui, é ausência total de vida.

O que trata a Lei de Biossegurança, essencialmente, é o embrião produzido ou reproduzido em laboratório. Não, por óbvio, daquele que advém da cópula entre homem e mulher, em que pese referida lei não afaste cuidados para com os donos e com o próprio material genético, determinando a necessidade de consentimento para descarte e utilização em pesquisa, além da submissão a rigorosos testes quanto a viabilidade de utilização do mesmo material. A lei trata, portanto, daquilo que não seja vida efetivamente nascida. Trata daquele que, mesmo fora do corpo humano, é chamado de embrião. O que entende-se do texto constitucional, nesse sentido, é que no embrião não existe pessoa física ou natural formada. Ainda de acordo com o Ministro Relator: “[...] 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, do lado de dentro de provetas”.⁵⁴

⁵² BRASIL, loc. cit.

⁵³ BRASIL, loc. cit.

⁵⁴ BRASIL, loc. cit.

Ora, assim sendo, uma vez que não se fale em vida, também não há que se falar em inconstitucionalidade da norma por suposto ferimento ao texto Magno. O objeto precípua da Lei de Biossegurança definitivamente não é a vida, mas a potencialidade de cura, bem como os consequentes avanços que a utilização de alguns embriões, fatalmente descartados, oportunizarão à vida do homem. Como afirmação em mesmo sentido, segue o relator dizendo que, para consolidação da vida não basta a fecundação, mas faz-se necessário o estado de gravidez, como ponte de passagem para a vida extrauterina. Por outro lado é conhecidamente no embrião que:

[...] se 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.⁵⁵

Compreende-se que nesse cenário, especificamente, há ausência do processo comum de metamorfose da vida. Ela é estancada, no auge de seu potencial, durante os primeiros momentos daquilo que se considera por processo de evolução natural. Isso acontece com o congelamento e armazenamento do material genético, procedimento que comprovadamente compromete a eficácia de uma futura gestação saudável, quanto maior for seu tempo de conserva. Aqui fala-se, necessariamente, na viabilidade do material genético. A esse respeito, segue o voto:

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.⁵⁶

Segue e é finalizado com os seguintes dizeres:

[...] a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. [...] O que autoriza a lei é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos,

⁵⁵ BRASIL, loc. cit.

⁵⁶ BRASIL, loc. cit.

obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar de outras e até produzir cópias idênticas de si mesmas.⁵⁷

De sorte que, por fim, entende não caber ao Direito, tanto o entendimento, quanto a faculdade de obrigar os indivíduos que optam ou que necessitam gozar de reprodução assistida, ao aproveitamento do completo material genético produzido, afinal, se assim o fosse, casais que num dia não tinham a menor perspectiva de reproduzir, noutro podem ver-se obrigados e gerar, criar e prover sustento a cinco, dez ou um sem-número de filhos. Há normatização a esse respeito, inclusive, no próprio texto Constitucional, quando no artigo 5º, inciso II diz: “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.⁵⁸ Obrigar, nesse caso, significa sacrificar todo e qualquer planejamento familiar que aqueles indivíduos possam ter feito. Implica, na maioria dos casos, extirpar a qualidade de vida especialmente da prole.

Ora, se não se pode obrigar os proprietários do material genético ao seu uso integral, a Lei que nesta seção é protagonista, nada mais faz do que aproveitar, por benesse, um material que seria guardado *ad eternum*, ou descartado indiscriminadamente.

As exposições acima são, portanto, os maiores motivos da não procedência da ADI 3.510 e é nesse aspecto, portanto, que o presente tópico recebe seu título: somente considerar-se-á vida aquela capaz de sustentar-se por si mesma. Do contrário, assim, desaparece qualquer possibilidade de configurá-la. Finalmente, entende que a Lei de Biossegurança labora não contrariamente, mas em favor do progresso da vida humana.

⁵⁷ BRASIL, loc. cit.

⁵⁸ BRASIL, Constituição (1988). Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 05 de outubro de 1988. Disponível em:
< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >

3.2. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL AO ABORTO: ADPF 54/STF

Neste momento faz-se pertinente apresentação sobre o conceito de aborto – aqui um tanto mais aprofundado – bem como a exposição de alguns levantamentos e números acerca do tema. Trata-se, essencialmente, da interrupção da vida humana e, a esse respeito, entende Dworkin: “O aborto, significa matar deliberadamente um embrião humano em formação (...) quando opta-se pela morte antes que a vida tenha realmente começado”.⁵⁹ Em regra, tem-se por embrião aquele até a oitava semana de gestação; a partir desse período passa a ser chamado feto. Aborto é o termo popularmente conhecido, enquanto no ambiente médico a expressão utilizada é *abortamento*. Segundo o médico, especialista em Medicina Fetal, Mario Burlacchini:

Considera-se abortamento a interrupção da gravidez até a vigésima, vigésima segunda semana, ou seja, até o quinto mês de gestação. Além disso, é preciso que o feto esteja pesando menos de 500 gramas para definir o episódio como aborto espontâneo ou provocado.⁶⁰

De acordo com estatísticas divulgadas pelo Senado Federal,⁶¹ em maio de 2015, são realizados, no Brasil, cerca de 100.000 abortos por ano. Vale ressaltar que no país a prática abortiva não é descriminalizada, salvo exceções previstas no Código Penal Brasileiro. Há quem milite, nesse sentido, que se o fosse o número de abortos sofreria considerável queda, sendo esta, inclusive, uma das teses sustentadas por países que passaram pelo processo de legalização de abortamentos, como Suécia, Espanha e Estados Unidos. Dentre esses, somente o último deles sofreu decréscimo, tanto em prática quanto em incidência de morte da gestante. De acordo com a mesma pesquisa, alguns dados a nível mundial: no Uruguai a legalização do aborto ocorreu em 2012 e durante o primeiro mês cerca de 200 abortos foram registrados; nos meses subsequentes, 300, 400 registros de

⁵⁹ DWORKIN, 2009, p. 1.

⁶⁰ VARELLA, Drauzio. **Aborto Espontâneos**. 29 mar. 2017. Disponível em: <<https://drauziovarella.com.br/entrevistas-2/abortos-espontaneos-2/>>

⁶¹ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. Estatísticas do aborto. 05 mai. 2015. Senado Federal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/76b56165-507e-405c-9b4a-1f202476302d>>

mesma espécie. Em 2014 fora registrado aumento de 20% e a progressão calculada sobre esses dados prevê algo em torno de 30.000 a 35.000 abortos em quinze anos. Em todo o globo o discurso pró-legalização diz ser essa uma ferramenta de diminuição da prática. A pesquisa em questão – Senado Federal – mostra-se firmemente contrária à permissiva, o que nos remete ao peso que somou, nos últimos anos, a bancada religiosa no Poder Legislativo. A esse respeito, ressalta-se a seguinte passagem:

No Brasil, desde os tempos coloniais, as representações contra o aborto estavam fortemente ligadas às doutrinas da Igreja Católica (...) a Igreja repudiava o aborto porque o considerava homicídio, que muitas vezes era realizado em função de relacionamentos extramatrimoniais.⁶²

Outro dado apontado pelo mesmo documento é de que o que diminui a mortalidade materna são os investimentos aplicados aos cuidados e saúde da gestante, como a completa assistência pré-natal, além do acompanhamento durante e após a realização do parto. Por fim, a esse respeito, conclui que a mulher morre por falta de acesso ao sistema de saúde e, a partir daqui, é possível traçar um paralelo entre aborto e saúde pública, tratando o primeiro como consequência da precariedade do segundo e lembrando que tal caráter público é dever do Estado, previsto no Art. 196 da Constituição da República, independentemente de classe e padrão social.

Muito se fala sobre as condições em que os abortos são praticados, uma vez comprovado que “nos países em que as mulheres têm acesso aos serviços confiáveis, a probabilidade de morrer em decorrência de um abortamento não é maior de um para cada 100.000 procedimentos”.⁶³ Ora, desse modo é possível ligar aborto, saúde pública – sempre relacionando esta ao dever do ente público para com o particular - e a questão social. O primeiro deles, quando não incidir sobre o regramento permissivo, faz-se clandestinamente. Aquelas que se sujeitam a ele o fazem podendo ou não pagar por seguras condições de atendimento, assumindo para si reflexos que vão da infertilidade à morte. Por óbvio a maior probabilidade de erros e complicações cirúrgicas e pós-operatórias será encontrada nas mulheres de

⁶² GUSTAVO, N. Marta; JOSÉ, R. P. P. Job. **Aborto**: uma questão de saúde pública. Revista de Medicina. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto. Volume 41, n. 2, 2008, pp. 196-199.

⁶³ Idem.

classes sociais mais baixas. É como imaginar um fio condutor ligando o seguinte raciocínio: o fornecimento e a manutenção da saúde é dever do Estado – dever do ente público para com o sujeito privado – ao passo que as condições financeiras do particular sejam postas de lado e reduzidas à irrelevância. É como se o Estado tivesse de suprir o que não possui, por si, o hipossuficiente, o que constitui, por consequência, relação de igualdade; a legalização do aborto, por sua vez, implica necessariamente em reforço do aparato estatal para garantia do bem estar social, já que de nada adiantaria a permissão, se com ela somente os mais abastados se beneficiassem.

Uma vez delineadas as noções acima, é possível seguir por aquilo que se refere à incidência de doenças congênitas, a exemplo daquela relatada no documentário de nome “Uma História Severina”,⁶⁴ gravado em 2004, que retrata a história de uma família recifense. Severina, grávida de uma criança diagnosticada com anencefalia, fora internada com quatro meses de gestação, após decisão do Supremo Tribunal Federal que autorizava a interrupção de gravidez dessa natureza. No dia imediatamente seguinte à sua internação, a liminar fora derrubada e a Suprema Corte voltou atrás no que decidira: o aborto de fetos desprovidos de massa encefálica retornara à proibição. Durante a sessão, o Ministro Carlos Ayres Britto – válido lembrar que outrora mencionado como Relator da ADI 3.510/2005 -, sobre o feto, assevera: [...] o que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém”. De outro lado, o também Ministro Cezar Peluso: [...] não me convence que o feto anencéfalo é um condenado à morte. Todos somos. O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana”. Severina relata que jamais sentira o movimento do filho em seu ventre. Disse também não existir alegria maior na vida, do que aquela que traz um filho. Alegria essa que não sentiria naquela ocasião.

Ora, sem a validade da medida cautelar, Severina e o marido tiveram de procurar uma delegacia e, perante um magistrado, solicitar autorização para realização do procedimento. Após enorme burocracia e já com sete meses de gestação o casal finalmente consegue a autorização judicial para realização da

⁶⁴ UMA HISTÓRIA Severina. Direção: Débora Diniz e Eliane Brum. Edição: Ramon Navarro. Pernambuco, Recife. Documentário. Brasil: Imagens Livres. 16 dez. 2010 (22 min.)

interrupção da gravidez. Em janeiro de 2005 Severina deu à luz a um bebê natimorto.⁶⁵

Quanto à etimologia da palavra, tem-se:

A origem da anencefalia vem do grego, onde *An* significa sem e *Enkephalos* significa encéfalo. Portanto, a anencefalia é uma malformação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural. Esta estrutura fetal é a precursora do sistema nervoso central, e é a partir da formação do tubo neural que o sistema nervoso central se formará [...] Este defeito ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção.⁶⁶

No que se refere ao diagnóstico, a classificação médica costuma dividir-se em holocrania ou holocefalia e merocrania ou meroanencefalia. O diagnóstico de qualquer um desses tipos pode ser feito a partir do terceiro mês de gestação - o que ocorre entre a décima segunda e a décima quinta semanas - sendo o procedimento realizado através de ultrassonografia.

As discussões acerca da permissão do aborto são bastante extensas. Figura tipificada no Código Penal, considerado crime contra a vida, prevê punição aos agentes ativos - direto e indireto - envolvendo gestante e o profissional e/ou terceiro que realizam o aborto. Nucci conceitua aborto como “a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião”.⁶⁷ Em outras palavras, o aborto é retirada/extração do embrião ou feto do útero materno.

De um lado a moralidade; De outro o peso sobre os ombros do Estado, ora incumbido de assentir ou não a prática da interrupção gestacional. Inclusive, sobre isso, muito se questiona quanto à validade da atribuição desse poder ao ente estatal, em que pese na ausência de sua interferência nenhum outro lhe tome as vezes. A questão paira sobre o poder do Estado de decidir pela continuidade ou cessação da vida humana. Ricos exemplos a esse respeito são encontrados em doutrina e jurisprudência nos casos de eutanásia⁶⁸, cuja prática é proibida no Brasil.

⁶⁵ Que nasce morto. NATIMORTO. In: Dicionário Médico. 2014. Disponível em: <<https://www.xn--dicionariomdico-0gb6k.com/display.php?action=search&word=natimorto>>.

⁶⁶ PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto anencefálico**: à luz do ordenamento jurídico atual. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 54, fev. - mar. 2009, pp. 10-33.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, 2013, p. 666.

⁶⁸ “O significado etimológico trazido por essa palavra: *eu* significa *bem*, e *Thanasia* significa *morte*”. DALVI, Luciano, 2008, p. 161.

As exceções à criminalização do aborto estão previstas no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, em casos de necessidade, quando identificado grave risco à saúde da mãe; gravidez fruto de violência sexual, desde que a interrupção passe por consentimento da gestante; incapacidade legalmente representada e; por fim na ADPF 54/STF ⁶⁹ que permite atividade abortiva em casos de constatada anencefalia – ausência de atividade cerebral – devido à incompleta formação neural.

A referida ADPF fora requerida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, e tivera como Advogado Luís Roberto Barroso e Relator o Ministro Marco Aurélio, cuja Ementa descreve:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Dissecada a ementa as *liberdades sexual e reprodutiva* caminharão, nesse contexto, de mãos dadas. Trata-se da liberdade da mulher sobre seu corpo e a opção por não indispor-se com sua vida emocional, afinal, do contrário, ela terá de gestar e dar à luz a um feto natimorto; a *saúde*, nesse sentido, é espécie de complemento dos princípios anteriores, podendo causar danos físicos e, certamente, marcas emocionais à saúde psicológica da gestante; *dignidade* como direito nitidamente cerceado quando imposta a continuidade da gestação. Não é digno não poder escolher, não é digno prejudicar-se por outrem, quiçá por uma vida que, infelizmente, não vingará; *autodeterminação* como ratificação da vontade. Também considerado direito cerceado quando observada ótica da gestante. Se não permitido aborto – nesse caso em específico – resta limitada a vontade e, conseqüentemente, a autonomia dessas mães de pôr em prática aquilo que desejam: a dignidade de não submeter-se à meses de gestação de uma criança que não poderá ver crescer. Por fim a invocação de *afastabilidade do crime* voltada à noção de que, uma vez ausente o corpo neural, não há atividade cerebral. Sem atividade cerebral, portanto, inexistente a vida de fato. Se não há vida, não há, por fim, bem jurídico a ser tutelado.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 12-04-2012.

Invocadas como bases da Constituição Federal, a exemplo da dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade – notadamente voltado à gestante - o julgado trata essencialmente da potencialidade da vida humana, ou, nesse caso, de sua impossibilidade. Logo de início o Ministro Relator levanta:

[...] Alegou ser a patologia daquelas que tornam inviável a vida extrauterina. Em nota prévia, a CNTS, representada pelo Doutor Luís Roberto Barroso, buscou demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto, no que este envolve a vida extrauterina em potencial.

⁷⁰

Ainda de acordo com o Relatório do Acórdão, o que se pleiteava na inicial era o reconhecimento da intervenção como procedimento puramente *terapêutico*, ao invés de *abortivo*. A adoção do aborto - muitas vezes - busca preservar a vida da gestante, dado insucesso da vida extrauterina. Portanto, quando identificada anencefalia em grau mais severo, jamais se pensará em manter ou preservar a vida do feto. De um lado a tentativa de salvar a mãe e o feto que ela carrega. De outra face, ao falar em antecipação terapêutica envolvendo um ser constatadamente anencefálico, não há que se falar em vida potencial. Ela inexistente e inexistindo será - mais tempo, menos tempo - inevitavelmente ceifada. Entende-se por anencéfalo todo aquele feto gravemente deficiente quanto às funções neurais. Sendo assim, de certo modo, busca-se a separação em sentido ontológico e interpretativo entre a intervenção *aborto-terapêutica* e aquilo que usualmente entende-se puramente por *aborto*. Para Nucci o caráter terapêutico:

[...] trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade. Entre os dois bens que estão em conflito (vida da gestante e vida do feto ou embrião), o direito fez clara opção pela vida da mãe. Prescinde-se do consentimento da gestante neste caso. ⁷¹

Nesse momento faz-se conveniente apresentação do recorte, sobre as definições metafísicas de Kant e a relação estabelecida pelo autor entre, por salteadas palavras: desejo, escolha, vontade, autonomia e razão prática. Aqui,

⁷⁰ Idem.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza, 2009, p. 511.

essencialmente com as colocações sobre autonomia da vontade. Além dela, há que se falar, também, na liberdade, cuja fala de Kant explicita:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que posso isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em qualquer experiência possível, e de cujo objeto não podemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa.⁷²

De forma um tanto mais profunda, o que denominam-se autonomias da vontade vêm dos desejos primariamente satisfeitos pelo homem. Vêm, sobretudo, do desejo individual. Essas são chamadas *leis da natureza*, regidas pela vontade e causas subjetivas. Em contraponto deparamo-nos com as *leis morais*, cuja regulação faz-se pelo caráter de universalidade do ser. Nesse segundo momento, em particular, enfrenta-se aquilo que é moralmente aceito e, por consequência, diretamente ligado à coletividade. É justamente aqui que surge a construção dos imperativos categóricos de Kant: imperativo como regra, norma ou mandamento; aquilo que é categoricamente obrigatório. É a partir desse mesmo autor que surge a seguinte construção: dos desejos vem a possibilidade de escolha. Trata-se única e exclusivamente do chamado *livre arbítrio humano*, que consiste especialmente no poder de liberdade individual de escolha sobre um fazer ou não fazer, diferentemente do que ele chama de *moralmente prático*, que, nada mais é, do que o comando determinado pela norma. Dum lado, a vontade humana como livre e autônoma, vez que um mesmo indivíduo é capaz de carregar consigo distintos tipos de desejos, cabendo, somente a ele, a escolha pela ação ou inação; doutro, as determinações impostas pela prática moral. Para Kant, a vontade humana independe da lei jurídica. Independe da lei positivada. A esse respeito discorre:

É igualmente perceptível para nós que a liberdade jamais pode estar localizada no ser de um sujeito racional capaz de escolher em oposição à sua razão (legisladora), ainda que a experiência prove com suficiente frequência que isso acontece [...] pois uma coisa é aceitar uma proposição (com base na experiência) e uma outra coisa é transformá-la no princípio de definição (do conceito de livre arbítrio) e na característica universal para distingui-la [...] Somente a liberdade em relação à legislação interna da

⁷² KANT, Immanuel, 2003, p. 64.

razão é realmente uma capacidade. A possibilidade de dela desviar é uma incapacidade.⁷³

Ora, portanto, se a ideia é essa, somente será puramente autônoma a ação humana que respeitar unicamente a vontade do homem. Uma lei que seja qualquer outra, que não a natural, jamais manifestará a autonomia em sua forma mais simplória.

Noutro cenário, um dos maiores ativistas da causa *aborto* no Brasil, o médico Drauzio Varella⁷⁴ é bastante crítico quando afirma: “O aborto já é livre no Brasil. Basta ter dinheiro para fazer em condições até razoáveis. Todo o resto é falsidade. Todo o resto é hipocrisia”. A afirmação abrange questões econômicas e adverte que toda mulher que se submeter à prática, o fará com ou sem condições financeiras. Expostas às precárias condições cirúrgicas, aumentam a possibilidade de complicações pós-operatórias. A esse respeito, aponta Dworkin:

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão.⁷⁵

Aqui, talvez, não se deva falar apenas em aborto *latu sensu* – o aborto genérico – que ocorre por deliberação da mãe por conta de uma gravidez causada por mero descuido, ainda que métodos contraceptivos sejam encontrados, inclusive, em postos de saúde, cujo fornecimento é realizado pelo Governo.

Dworkin discute se o feto é uma pessoa constitucional e a esse respeito entende o Estado como:

Um Estado não pode violar esse direito, a menos que tenha uma razão inexorável para fazê-lo. De acordo com o ponto de vista corrente sobre a natureza do debate constitucional, os Estados que desejam proibir o aborto a fim de “proteger a vida humana” estão alegando, como razão imperativa,

⁷³ Ibid., p. 69.

⁷⁴ SENRA, Ricardo. **'Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro'**, diz Drauzio Varella. BBC Brasil, São Paulo. 02 fev. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs>

⁷⁵ DWORKIN, 2009, p. 143.

que o feto é uma pessoa com direito à vida e que cabe ao Estado proteger esse direito.⁷⁶

Portanto, nota-se nítido, a esse respeito, o paralelo: se o Estado reconhece vida no feto e, por isso, o protege, o feto será um sujeito de direito e constitucional. Será indivíduo que merece proteção do Estado. Ainda nesse sentido permitir o aborto por livre deliberação da mãe é assentir pelo término da vida prematura de um hipossuficiente com chance de sobrevivência, neste caso, ressalvadas as hipóteses autorizadas por diploma legal. É conceder-lhe a vida e, quase que no mesmo instante, retirá-la. Relacionando esse ponto com a citação anterior, o autor segue:

Se uma mulher engravidasse depois de uma relação sexual voluntária, conhecendo os riscos de seu ato, o Estado não teria nenhuma justificativa inexorável para permitir que ela ou seu médico abortassem o feto: permitir que a mãe recuperasse a liberdade sobre o seu corpo à custa da vida do feto não demonstraria uma igual preocupação com as duas pessoas constitucionais.⁷⁷

Afastadas, portanto, tanto as questões econômicas quanto ao elemento vontade da mãe em não prosseguir com a gravidez – de um feto aparentemente saudável – retoma-se a ADPF, cujo cerne concentra-se na impossibilidade de êxito da vida extrauterina. No julgado, o Ministro Relator Marco Aurélio apresenta dados acerca da incidência de anencefalia no Brasil: “A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia”. Acrescenta, ainda, que o objetivo principal do pedido está no reconhecimento do direito da gestante de submeter-se ao citado procedimento sem estar compelida a apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão do Estado. Trata-se, enfim, da liberdade da mulher em optar, a partir da constatação médica e inequívoca da ausência de formação e atividade neural do feto, por interromper o ciclo de sua gestação. A ADPF demonstra, categoricamente, que a anencefalia consiste na: “[...] má formação do tubo neural, caracterizando-se pela ausência parcial do encéfalo e do

⁷⁶ DWORKIN, 2009, p. 151.

⁷⁷ DWORKIN, 2009, p. 152.

crânio, resultante do defeito no fechamento do tubo neural durante a formação embrionária”.

O diagnóstico, por sua vez, é descrito e realizado com base na formação do encéfalo, segundo afirmação do Dr. Heverton Neves Pettersen:

[...] o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral. Para o diagnóstico de anencefalia, consoante afirmou o especialista, “precisamos ter ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. É claro que, durante essa formação, não tendo a cobertura da calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência parcial ou total do crânio.”⁷⁸

De um lado a medicina e os avanços tecnológicos que ela, inevitavelmente, traz consigo. Há que se pensar, sob esse aspecto, que fetos anencéfalos são recebidos pelo mundo, não de hoje. A ciência médica nem sempre teve as ferramentas adequadas à identificação dessa e de diversas outras moléstias que assolam a população mundial. Apesar disso, em que pese todo arcabouço técnico, do outro lado da balança encontramos a vida. Ela, que com toda sua grandiosidade e magnitude, invoca a tese de sustentação a qualquer custo, ainda que por ora deixada de lado a discussão sobre onde tem início sua proteção. A vida, carece de tutela, simplesmente por ser vida e, dela, tudo o mais depende.

Dworkin fala, também, sobre como as pessoas, em geral, reagem ao assunto. Para ele, algumas delas declaram ser o aborto uma espécie de assassinato, ou de conduta equiparada a tal, além de advogarem a tese de que a vida humana tem início na concepção e que o feto é uma pessoa desde o início. O fazem não pela crença de que desde a fase fetal existem direitos e interesses, mas para enfatizar e reafirmar a profundidade de sua crença sobre o erro em que consiste o procedimento, já que versa sobre uma deliberada destruição da vida humana. Portanto trata-se, essencialmente, de moralidade e crença.⁷⁹ O autor, por óbvio, refere-se específica e empiricamente à realidade vivenciada nos Estados Unidos, quando menciona certo discurso proferido por grupos antiaborto: “[...] O direito

⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 12-04-2012.

⁷⁹ DWORKIN, 2009, pp. 27-28.

supremo à vida é conferido a cada ser humano a partir do momento da fertilização, independentemente da idade, da saúde ou das condições de dependência.”⁸⁰

Os estadunidenses trazem a doutrina do *wrongful life*, que tem por definição a incidência de fortes malformações fetais, completamente passíveis de detecção na fase pré-natal de desenvolvimento humano. Por tradução literal tem-se as palavras: vida injusta. A questão é objeto de ação judicial proposta pela primeira vez no ano de 1963, pelo Tribunal de Illinois, nos Estados Unidos, que, sempre movida pelo portador da deformidade, seja ela física ou mental:

A pessoa com deficiência pretende agir [...] contra os médicos, outros profissionais ou instituições de saúde, acusando-os de, dolosa ou culposamente, não terem detectado tais anomalias no âmbito do diagnóstico pré-natal, ou não terem informado devidamente aos pais, impedindo-os, assim, de interromper licitamente a gravidez.⁸¹

A propositura desse tipo de ação condiciona-se à presença de alguns requisitos, quais sejam: “[...] que a deficiência esteja presente na criança desde o seu nascimento; [...] que seja proveniente de fato natural; caso os pais tivessem conhecimento da situação deficiente [...] teriam interrompido a gravidez”,⁸² entre alguns outros. Tal demanda possibilita pedidos de danos morais e materiais. Nesse sentido, danos morais tomam como base o fundamento – de fortes palavras – de que melhor seria não ter nascido; para danos materiais, por sua vez, faz-se um comparativo entre a criação e desenvolvimento de uma criança deficiente e uma com vida e hábitos considerados plenamente saudáveis e normais. Sobretudo trata-se de casos cuja cura inexistente. Em determinadas situações são, quando muito, controlados por medicação.

Além dos Estados Unidos – cuja propositura da demanda ocorrera em diversos estados -, ações dessa natureza já foram propostas na França e em Portugal, nos casos Perruche e André Filipe, respectivamente.

Inseparável do núcleo central deste debate é a opinião formada pelos grupos religiosos que - via de regra - encabeçam a luta contra práticas em prol da interrupção da gestação, em que pese seja válido ressaltar que, essa defesa, é

⁸⁰ DWORKIN, 2009, p. 41.

⁸¹ BERNARDI, Renato; REIS, Junio Barreto dos. **A doutrina do *wrongful life* e o reconhecimento dos danos morais do feto**: um estudo de bioética. Estudos Contemporâneos de bioética e biodireito. São Paulo, Editora: Letras Jurídicas, 2013. p. 161.

⁸² Ibid., p. 162.

encontrada no discurso de grande parte, mas não de todas as frentes religiosas. Quer dizer que, mesmo dentro da igreja, as opiniões dividem-se entre aqueles que posicionam-se à favor e contra a interrupção deliberada da gravidez. Para o judaísmo, por exemplo, o feto não é considerado uma pessoa humana. Apenas o será quando deixar, com vida, o útero materno, pensamento que equipara-se à teoria natalista da Constituição brasileira. A esse respeito, Dworkin:

Alguns teólogos e líderes religiosos conservadores também afirmaram explicitamente que a questão crucial sobre o aborto não é saber se o feto é ou não uma pessoa, mas sim a melhor maneira de respeitar o valor intrínseco da vida humana.⁸³

Questão frequentemente levantada pelos críticos ao aborto, mesmo em casos de fetos anencéfalos está na possibilidade de que estes sintam algum tipo ou reflexo com relação a dor. Traz, novamente o julgado:

Alguns anencéfalos apresentam estímulos dolorosos. Não obstante esta resposta se entende melhor como reflexo doloroso do tronco anencéfalo. Este pormenor é importante posto que implica apenas a existência de um arco reflexo, sem apreciação sensível ao estímulo. A sensação de dor necessita algo mais do que o tronco do cérebro (por exemplo, do tálamo) e o sofrimento exige um substrato neural necessário para a perceber, como ameaça, a sensação da dor (neocórtex dos lóbulos frontais). Dado que o anencéfalo carece de tálamo, não há substrato neural para experimentar a dor, da mesma maneira que carece de substratos cerebrais indispensáveis para o raciocínio, a comunicação, o conhecimento e a sensibilidade em geral.⁸⁴

Adiante desenrolar-se-á o tema acerca da permissão do aborto até o terceiro mês de gestação. Por ora, é sabido que o tálamo⁸⁵ forma-se entre as semanas 22 e 23, ou seja, entre cinco e seis meses de gestação. Até esse período, portanto, não há que se falar na possibilidade de qualquer tipo de sofrimento ao embrião ou feto, causado por estímulos à dor.

⁸³ DWORKIN, 2009, p. 53.

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 12-04-2012.

⁸⁵ Porção média do diencéfalo que forma a parede lateral do 3o ventrículo; fica entre o epitálamo e o hipotálamo. HIPOTÁLAMO. In: Dicionário Médico. 2014. Disponível em: <<https://www.xn--dicionariomdico-0gb6k.com/t%C3%A1lamo.html>>.

A vida dá-se por absolutamente encerrada quando constatada morte cerebral: por ela entende-se a incapacidade cerebral em manter as funções vitais do corpo humano. Uma vez que o feto anencéfalo jamais constituirá sistema nervoso central, não se fala em vida. Ele, de fato, não a possuirá. A respeito da oposição entre legalização e criminalização, aborto e vida, direito à vida e direito à liberdade, Dworkin justifica aqueles que se opõem:

Quando todos os que se opõem ao aborto realmente o desaprovam, por razões autônomas, e não por razões independentes. Acreditam que o feto é uma criatura humana viva em desenvolvimento, e algo intrinsecamente mau ocorre, uma espécie de vergonha cósmica, sempre que a vida humana em qualquer estágio é deliberadamente eliminada.⁸⁶

Segundo Chimenti: “O direito à vida é direito de não ter interrompido o ciclo vital, senão pela morte espontânea e inevitável”.⁸⁷ Em contrassenso segue afirmando, Dworkin, dessa vez a respeito dos direitos que envolvem a mulher:

O tema envolve dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.⁸⁸

Uma pesquisa encomendada pela *American United for Life*, apresentou afirmações que poderiam encaixar a opinião do público a respeito da permissão ou proibição do aborto:

Dos que responderam, 36,8% optaram por “O aborto é tão perverso quanto matar uma pessoa que já nasceu; é um assassinato”; 11,5% optaram por “O aborto é um assassinato, mas não é tão mal quanto matar alguém que já nasceu”; e 28,3% optaram por “O aborto não é um assassinato, mas é evidente que envolve a eliminação da vida humana”.⁸⁹

Um último dado e citação a esse respeito:

⁸⁶ DWORKIN, 2009, p. 15.

⁸⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 272.

⁸⁸ DWORKIN, 2009, p. 17.

⁸⁹ Ibid., 16.

De cada 10.000 nascimentos no Brasil, 8 são fetos anencefálos. A ciência médica afirma que, em se tratando de um verdadeiro caso de anencefalia, a vida do feto resulta totalmente inviabilizada. Não há que se falar em delito, portanto, no caso de aborto anencefálico. Não se trata de uma morte arbitrária (ou seja: não se trata de um resultado jurídico desarrazoado ou intolerável). Daí a conclusão de que esse fato é materialmente atípico.⁹⁰

Ainda assim, independentemente dos números expostos, não se pode abandonar a ideia de vulnerabilidade a qual a mãe e gestante se submete em casos cujo diagnóstico é de anencefalia, sem qualquer chance de sobrevivência do feto. Além de psicologicamente abalada, a mulher é atingida, em cheio, naquilo que tange à liberdade, a autonomia de sua vontade e sobre seu próprio corpo. Deverá mesmo, então, passar por todo o período gestacional, alimentando uma vida que não se sobressairá? Novamente retoma-se a problemática a respeito da questão de saúde pública.

3.3. ABORTO NOS TRÊS PRIMEIROS MESES DE GESTAÇÃO: HC 124306/STF

Registros bastante antigos acerca das práticas humanas apontam, sobre o aborto, que essa técnica sempre fora utilizada mundo afora. Diferença bastante nítida encontra-se no fato de que os povos antigos, em sua grande maioria, não entendiam o aborto como prática delitativa ou ato criminoso. Limitavam-se, nesses casos, a tecer considerações de caráter religioso.⁹¹ O Antigo Egito, por exemplo, jamais utilizara de punição àqueles que envolviam-se ou participavam de tais práticas. No mesmo tempo – antiguidade - chegou a ser utilizado como instrumento de controle da taxa de natalidade. Bastante comum, também, na Grécia e em Roma, foi inicialmente condenado pelo cristianismo. Surge aqui, com grande força no assunto, principalmente a Igreja Católica.

⁹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Aborto Anencefálico**: Direito não é Religião. Revista Migalhas. São Paulo, volume 17, n. 102, Fev-Mar/2009, pp. 7-9.

⁹¹ PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto anencefálico**: à luz do ordenamento jurídico atual. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 54, fev. - mar. 2009, pp. 10-33.

O *habeas corpus* – HC 124306 - em pauta fora impetrado sobre a decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Rio de Janeiro, que determinara a prisão em flagrante dos proprietários de uma clínica, sob acusação de prática ilegal de aborto e formação de quadrilha, crimes previstos nos artigos 126 e 288, respectivamente, do Código Penal Brasileiro. Descreve a esse respeito, em seu voto, o Ministro Barroso:

Em 21.03.2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória aos pacientes. Todavia, em 25.02.2014, a 4ª Câmara Criminal proveu recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para decretar a prisão preventiva dos pacientes, com fundamento na garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Na sequência, a defesa impetrou HC no STJ, que não foi conhecido pela Corte. O acórdão, porém, examinou o mérito e assentou não ser ilegal o encarceramento na hipótese.⁹²

Em seguida fora deferida pelo então Ministro Relator, Marco Aurélio, a medida liminar que pleiteara pela soltura dos pacientes, dada presença, entre outros, de bons antecedentes e a figura primária no pólo passivo da ação.

Ora, deixada de lado a procedimentalização da causa, parte-se à análise do mérito: a interrupção da gravidez que acontece até o terceiro mês de gestação. Novamente coloca-se em pauta o enfrentamento entre direitos fundamentais, de um lado os da gestante, de outro os da criança que, salvo exceção natural, por consequência nascerá. Nesse tocante, portanto, ainda segundo Barroso, no mesmo HC:

É dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais das mulheres, com reflexos inevitáveis sobre a dignidade humana. [...] ninguém em sã consciência suportará que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne sua vida pior, processando-a criminalmente. Coerentemente, se a conduta da mulher é legítima, não há sentido em se incriminar o profissional de saúde que a viabiliza.⁹³

⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 17-03-2017.

⁹³ BRASIL, loc. cit.

Inevitável, também neste tópico, retomar um dos pontos essenciais dessa pesquisa: o controverso momento de início da vida humana. O marco temporal – nesse caso de três meses – utilizado no *habeas corpus*, toma como base o período necessário à formação do sistema nervoso central, bem como dos primeiros traços de consciência. Antes disso, portanto, não há que se falar em plenitude de vida. A potencialidade dessa última assume lado diverso dos seguintes direitos fundamentais, aqui apontados como diretamente ligados à gestante, as seguintes violações: à autonomia da mulher, ao direito à integridade física e psíquica, aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, à igualdade de gênero e, por fim, a discriminação social e impacto desproporcional sobre as mulheres pobres.

Também como referência ao título principal desse trabalho - leia-se a *evolução social* – a necessidade de equilíbrio, relacionado às noções constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que pertinentemente salienta o Ministro Barroso, o vigente Código Penal data da década de 40. Tem-se nesse, inclusive, um dos motivos da convocação da Audiência Pública que tivera como objeto discussões envolvendo o uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas científicas, com a presença de profissionais de diversas áreas, da comunidade médica à religiosa. Nota-se a presença de lacuna na lei, cuja provisão não pudera ser feito somente pelo judiciário, ainda que este em sua Corte Suprema.

O caso em questão aplicara-se à mera concretude. Jamais gerara qualquer tipo de efeito *erga omnes*, ainda que se considere a possibilidade de - mais dia, menos dia - tornar-se objeto precedente para casos de mesma natureza. De qualquer sorte, portanto, a concessão de liberdade aos pacientes do presente *habeas corpus* não retira o caráter criminoso, até então presente no tipo penal.

O aborto é considerado, para além de qualquer debate jurídico, questão de saúde pública, como outrora mencionado. Em que pese o Estado tenha, legitimamente, constituído-se no poder para, dentre outros, atuar em prol das coletividades “[...] é falho em diversos pontos, sobretudo como no caso do tema em apreço; fatores econômicos, sociais e de saúde pública muitas vezes pressionam as mulheres a abortar”.⁹⁴ Soma-se a isso o fato de mesmo tratando-se de crime - penalmente sancionado - punir a mãe não protege a vida do feto. Nesse caso fala-

⁹⁴ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. **Aborto é crime, não houve descriminalização, por enquanto.** (Comentários sobre o HC 124.306/STF, Aborto no primeiro trimestre, e acerca da ADIn 8851, Aborto de feto microcefálico). São Paulo, volume 17, número 102, p. 213-222, Fev-Mar/2017.

se, especificamente, numa medida puramente repressiva, que, além do mais, ainda que moralmente reprovável, não reduz a incidência de prática por represaria codificada. O que mormente se advoga nesse sentido, inclusive, é que além de por fim à vida do feto, criminalizar é sinônimo de arriscar a saúde e integridade – física e psicológica - da gestante. Aqui, leia-se aquela considerada financeiramente hipossuficiente.

Ora, por outro lado, se permitido, a qualquer tempo desde que durante o primeiro trimestre de gestação, a interrupção da gravidez traz a banalização, não só do aborto, mas, principalmente, da vida. Reificada e descartada por opção alheia. Mesmo que se colocados na balança argumentos como os da integridade, liberdade e direitos sexuais e reprodutivos da mulher, há que se concordar que a gestação é parte na natureza humana. Diga-se de passagem, aliás, fundamental. Sem seu sucesso, não há vida e sem vida, nada mais há. Da escravidão da mulher à ordem natural das coisas todas. Descriminalizar, em sentido *latu sensu*, pode, inevitavelmente, futilizar a questão.

Pertinente salientar, crítica elencada no mesmo artigo, que traz certa atribuição ao valor da vida de acordo com sua temporalidade, ou seja, quanto mais esta se prolongar no tempo, maior sua importância e conseqüente proteção pelo Estado e ordenamento jurídico. A esse respeito, com relação ao objeto do *habeas corpus*:

Ao final, pôs-se em relevo, ainda, o fato de que o peso concreto do direito à vida do nascituro pode ser variável de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gravidez, ou seja, o grau de proteção constitucional ao feto vai se ampliando *pari passu* ao avanço da gestação, em que o nascituro adquire gradativamente maior viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Dai porque a gestação até o terceiro mês inicial poderia ser interrompida.⁹⁵

Ao falar em matéria de direito comparado, o julgamento do presente *habeas corpus* traz exemplos de tratamentos para o aborto, em sentido, inclusive, genérico, de outros países mundo afora. A boa e velha tentativa de importação jurídica, sem quaisquer alterações em hábitos, costumes e cultura. Elenca, também, determinados pré-requisitos cujo cumprimento se faz necessário àquelas mães que

⁹⁵ Idem.

optam por definitivamente ceifar uma vida, em que pese a força da expressão, é assertiva puramente verídica. Dentre esses requisitos, aparecem: procedimentos que permitem à gestante uma decisão refletida e consciente, considerando que aquela que pretenda o aborto deverá submeter-se à consulta de aconselhamento, bem como a um período de reflexão prévia – e bastante prévia – de três dias.⁹⁶ Pois então, três dias bastarão para decidir prosseguir ou não com a gestação de uma vida.

De certo modo são consideradas substancialmente questionáveis as decisões proferidas, sobre esse arcabouço, pela Suprema Corte brasileira. Com análise bastante superficial, contempla-se a falta de linearidade em seus vereditos: decide prontamente pela não punição àqueles que abortaram, direta e/ou indiretamente, uma vida, ao passo que protela decisões como aquelas suscitadas pela ADIn 5581,⁹⁷ ação que traz consigo fortes argumentos acerca do pedido de entender-se constitucional a interrupção gestacional em casos de constatada microcefalia, entendida por “[...] uma condição neurológica rara caracterizada por anormalidades no crescimento do cérebro dentro da caixa craniana”.⁹⁸ Pois bem, a partir disso, se tal cenário incidisse em território norte-americano, certamente ajuizar-se-iam ações de *wrongful life*. Em 2016, de acordo com o Ministério da Saúde, foram registrados e confirmados 1749 casos.⁹⁹

Através do mesmo objeto acima – ADIn 5581 – apontara a Procuradoria-Geral da República:

[...] parecer favorável em prol da aplicação de uma interpretação conforme a Lei Maior dos art. 124, 126 e 128, todos do Diploma Criminal brasileiro, de modo a possibilitar a realização da interrupção da gestação quando o nascituro for diagnosticado com a aludida enfermidade [...] a autorização do aborto nos casos de microcefalia seria aplicação analógica do art. 128, II, do Código Penal (gestação proveniente de estupro), na medida em que protegeria a mulher que sofre por um ato omissivo do Estado, incapaz de combater um problema de saúde pública.¹⁰⁰

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Tentativa de descriminalizar a conduta abortiva nos casos que envolvam o diagnóstico de fetos portadores da enfermidade microcefalia. Idem.

⁹⁸ HELENA, Maria. **Microcefalia**. Doenças e sintomas. 06 mar. 2018. Disponível em: <<https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/>>. Acesso em: 20 de out. 2017

⁹⁹ Ministério da Saúde, **Microcefalia**: 1.749 casos confirmados no Brasil. 27 jul. 2016.

Disponível em:

<<http://portals.saude.gov.br/noticias/svs/24772-microcefalia-1-749-casos-confirmados-no-brasil>>

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Leonardo Alves de, loc. cit.

Portanto, destacam-se aqui, alguns aspectos distintos acerca dos dois processos judiciais com menção no presente tópico: de um lado, o *habeas corpus* 124.306, remédio constitucional de eficácia *inter partes*, o que significa dizer que seus efeitos atingirão tão somente as partes diretamente envolvidas; efeito contrário receberá o julgamento da ADIn 5581, “[...] cuja deliberação possuirá eficácia perante a todos (*erga omnes*) e força vinculante, ou seja, deverá obrigatoriamente ser seguida sobretudo pelos demais órgãos do Poder Judiciário”.¹⁰¹

Além disso, sobre os tipos de aborto – permissivos ou vedados – elencados, até então no presente trabalho, outras pontuações possuem relevância considerável: levanta-se que a concessão obtida com o julgamento do *habeas corpus* poderia incitar a prática da eugenia;¹⁰² a microcefalia, por sua vez, mesmo com grave e visível deformidade, física e neurológica, possibilita a vida extrauterina; contrário à essa última, aquilo que versa a ADPF 54/STF, onde o insucesso da vida externa ao ventre materno é evidente e inevitável.

Por fim e, novamente, citando Leonardo Alves de Oliveira: “[...] a interrupção voluntária da gestação, continua sendo crime [...] não houve *abolitio criminis* em relação aos arts. 124 a 126, do CP. Contudo a tendência é a revitalização”.¹⁰³ Portanto, a partir do trecho final dessa fala, nota-se a íntima relação com a parte final do título deste trabalho: a evolução dos valores sociais. A percepção e sentimento diretamente absorvidos pelo corpo social em relações coletivamente relevantes.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Eugenia: conjunto de métodos que visam melhorar o patrimônio genético de grupos humanos – teoria que preconiza a sua aplicação. **Dicionário Aurélio Online**. Disponível em <<https://dicionariodoaurelio.com/eugenia>>

¹⁰³ OLIVEIRA, Leonardo Alves de, loc. cit.

4. DIREITO À VIDA E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A Constituição, regramento jurídico supremo deste e diversos outros países, possui condições de interpretação, convencionadas e próprias. Todo o arcabouço de direitos fundamentais reúne-se, nela, positivado. Instrumento escrito da Teoria do Estado, pela qual o homem deixara de viver sua natureza e instintos mais frios - governado por um único sujeito, soberano e que proferia palavras e comandos supostamente vindos de Deus -, para viver a divisão de poderes e responsabilidades do Estado para com os indivíduos que nele habitam.

Este tópico tratará de abordar como o direito à vida é visto por detrás dos olhos da Constituição. O que pretende, nesse sentido, é trabalhar a forma mais adequada de interpretar aquilo que fora positivado. Interpretação constitucional, também chamada hermenêutica constitucional, que tem por definição:

A hermenêutica constitucional é uma espécie do gênero hermenêutica jurídica que, por sua vez, é uma espécie do gênero hermenêutica (...) A hermenêutica trabalha com a compreensão e a interpretação em si, ou seja, com aquilo que precisamos para nossa argumentação.¹⁰⁴

Duas etapas bastante delineadas são utilizadas: o entendimento e a interpretação, exatamente nesta ordem. Assim é necessário, primeiramente, entender aquilo que se lê. Isso cabe, mais direta e especificamente ao jurista. Feito isso parte-se à interpretação.

Na Constituição da República – 1988 – é que estão guardados e descritos os regramentos acerca dos direitos fundamentais e dentre eles, por óbvio, a vida humana. Noção apresentada logo no início desta pesquisa, para a Marga Carta brasileira, tem-se vida no feto que respira, ainda que uma única vez, já fora do ventre materno. Essa é apenas uma das formas de interpretação de todo o aparato jurídico que trata da vida. O entendimento do Código Civil, por exemplo, é diverso, uma vez que adota a também já mencionada teoria concepcionista.

¹⁰⁴ SANTOS, dos; EHRLICH. **O que é isto – Hermenêutica Constitucional?** São Paulo: Editora Boreal, 2011. p. 1.

4.1. A EVOLUÇÃO DOS VALORES SOCIAIS

Além de comum, é bastante razoável pensar no poder de mutação que possui uma sociedade. É constante e independente da parte que ocupe no globo. A fim de facilitar a compreensão, o presente capítulo valer-se-á de noções antropológicas, cujo sentido principal pode ser tirado do: “(...) próprio sentido etimológico do termo: *Anthropos*, palavra grega que significa “homem” e *Logia*, outro vocábulo helênico, que significa estudo ou ciência. Logo, a antropologia é a ciência do homem.”¹⁰⁵ Todas as atenções, aqui, voltar-se-ão para o homem e seus comportamentos, como indivíduo e como membro de um corpo social.

Mello¹⁰⁶ subdivide a antropologia. No topo da pirâmide está aquela que chama de antropologia geral, assim nomeada justamente pela incrível variedade de aspectos passíveis de análise. Entretanto, aqui se fala a respeito da antropologia cultural:

A antropologia cultural é o nome que se dá ao outro grande ramo da antropologia geral. O campo dessa disciplina especial é vastíssimo, pois ela se propõe a estudar a obra humana. Ora, essa obra que se denomina cultura é este conjunto complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade.¹⁰⁷

Antropologia cultural, é, portanto, maneira de estudar o homem e tudo aquilo que o influencia, bem como aquilo sobre o qual ele exerce influência. A cultura, por sua vez, é definida pela: “soma total e organização de ideias, reações emocionais condicionadas e padrões de comportamento habitual que seus membros adquirem pela instrução ou pela imitação.”¹⁰⁸ É, sobremaneira, forma de expressão da coletividade. Cultura é expressão prática dos pensamentos individuais e coletivos, composta por costumes, valendo lembrar que esses últimos são fontes do Direito.

Ora, uma vez traçado paralelo supra, relacionando este ao título do presente tópico, no que tange à significação de evolução social. Primeiramente é preciso

¹⁰⁵ MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia cultural: Iniciação, Teoria e Temas**. 20. ed. Petrópolis, Vozes, 2015. p. 34.

¹⁰⁶ Ibid., p. 36.

¹⁰⁷ Ibid., p. 37.

¹⁰⁸ Ibid., p. 41.

afastar o sentido de melhoria normalmente vinculado, por senso comum, à palavra evolução. Evolução, *latu sensu*, não implica necessária melhoria ou avanço. É preciso analisar o contexto, o lugar e a época em que dada situação ocorrera. O objeto desta pesquisa - a análise de decisões envolvendo a vida humana, sobretudo a interrupção da gestação - tivera inúmeras formas de interpretação no decorrer da história: de instrumento de controle de natalidade à expressão do pecado e da imoralidade.

Os anseios de uma sociedade, cedo ou tarde, são identificados e ajustados à realidade do meio. Isso importa colocar em palavras, por mais óbvio que seja, que a sociedade está, como um todo, em constante fluxo de mudança. Lévi Strauss ¹⁰⁹ diz que a linguagem é um fenômeno social. Nesse sentido pode-se entender que ela, externada pelos indivíduos, é expressão clara de suas vontades. Aonde quer-se chegar com tais afirmações? Não de movimento cíclico, mas linear. Não linear num sentido de evolução – resguardada noção da palavra, acima apresentada -, mas numa constante que não retorna àquilo que fora um dia. Na antiguidade o aborto fora ferramenta de controle de nascidos; por outro lado, hoje é motivo de acaloradas discussões sobre valor moral *versus* autonomia da vontade.

Lévi-Strauss articulou várias técnicas oriundas da ciência moderna para demarcar o limite entre natureza e cultura fundamento de suas investigações sobre as relações sociais. Buscou compreender o obscuro, o não aparente na aparência de uma “realidade” que se manifesta como significante de toda a ordem social. ¹¹⁰

O tema central dos trabalhos de Lévi-Strauss encontra-se na busca do entendimento sobre a passagem da natureza para a cultura, passagem que ocorre com a fundação da norma. ¹¹¹ Ora, partindo-se deste pressuposto, pode-se dizer que tomado estado natural, talvez até mesmo aquele descrito por Hobbes ¹¹² ou

¹⁰⁹ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. 6. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 72.

¹¹⁰ GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2009. p. 9.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

¹¹² FERREIRA, Lier Pires (Org.), GUANABARA, Ricardo (Org.), JORGE, Vladimir Lombardo (Org.). **Curso de Ciência Política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 65.

Rousseau,¹¹³ indivíduos agrupam-se, possivelmente por afinidade, socializam – e já daí certa conotação em sentido de *sociedade* – adotando para si determinados métodos culturais e regras de convívio. Tais práticas tornam-se comuns e são repetidas por todos os demais membros do mesmo meio. Também sofrem, elas, alterações de acordo com o tempo e circunstâncias. Essas modificações ocorrem, principalmente, de acordo com a conveniência do grupo e do momento. É questão de urgência e, muitas vezes, necessidade, nem sempre de uma maioria, como não o é no caso do aborto, mas pode sê-lo em diversos outros.

Para além disso, é sabido que nesta arena, forte combatente é a bancada religiosa, ainda que o Supremo tenha se posto em posição neutra, vez que fora reconhecida mera recomendação e nenhuma força de lei na menção à Deus, feita pela Constituição da República em seu preâmbulo. A esse respeito, trecho do Acórdão da ADPF 54:

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida -, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.¹¹⁴

Este, inclusive, fora um ponto de suma relevância no presente acórdão e em questões futuras: uma ruptura mais clara entre igreja – especialmente a Católica – e Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja.¹¹⁵ Não pode a fé e um apanhado de crenças dividir homens e separar vidas. O que promove, de forma mais expressiva, a mudança, é a exclusão. Mulheres de elevado poder aquisitivo jamais preocuparam-se, tampouco jamais preocupar-se-ão com a legalização do aborto, seja ele de fetos anencéfalos, microcéfalos ou que possuam quaisquer outras patologias. O apelo vem do menos favorecido – grande maioria – que, felizmente, tem ganho voz e espaço.

¹¹³ FERREIRA, Lier Pires (Org.), GUANABARA, Ricardo (Org.), JORGE, Vladimir Lombardo (Org.), 2013, p. 171.

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

¹¹⁵ BRASIL, loc. cit.

4.2. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE POR OMISSÃO: O CASO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO PARADIGMA JURISPRUDENCIAL

Como apresentação do tópico cabe recordar alguns pontos gerais e aqui essenciais, tais quais o Estado Democrático, como aquele que confere soberania decisória ao povo; o poder do povo que é exercido por meio de representantes democraticamente eleitos; o poder constituinte chamado originário, como aquele que nasce com uma nova Constituição e; constituinte derivado ou reformador, por sua vez, que aparece sempre que necessária alteração no texto constitucional. A esse último conferimos tratamento especial: o poder derivado é conferido pelo constituinte originário e sempre limitar-se-á às imposições deixadas pelo poder originário, aparecendo, na prática, através de emendas constitucionais.¹¹⁶

É através de instrumentos como este – das emendas e do poder derivado/reformador – que o corpo social consegue promover mudanças legislativas com força constitucional. Essa é uma das formas de se atingir a chamada eficácia *erga omnes*, cujo efeito atinge a todos.

Antes mesmo de falar do caso em tópico, trataremos de expor algumas questões e conceitos mais. Não faz, nem jamais fizera parte do instinto humano o viver só. A família é agrupamento natural. Maria Berenice Dias diz que “(...) não importa a posição que o individuo ocupe na família, ou qual espécie de agrupamento familiar a que ele pertença – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir, por isso, o caminho da realização de seu projeto de felicidade.”¹¹⁷ Aqui reside a ideia central do Direito de Família, hoje: a afetividade, o sentimento de pertencimento.

Sob este mesmo molde, cumpre salientar que todas os documentos constitucionais anteriores à Constituição de 1989 - leia-se: Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 – mencionaram a família como aquela constituída,

¹¹⁶ BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional I: Direito Constitucional e Constituição, Controle de Constitucionalidade, Teoria da Constituição, Ordem social.** São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 29-30.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37.

obrigatoriamente por homem e mulher, estes ligados, necessariamente, pelo casamento, figura jurídica que chegara a receber tratamento de indissolubilidade até a Emenda Constitucional de número 9. Ora, o casamento aparece na ponta da caneta do legislador mesmo quando ele cria a norma permissiva para a união estável - com a alteração recepcionada pela Constituição da República, no artigo 226, § 3º, ao dizer que deve a lei facilitar sua convolação em casamento – instituto este que perde forças e adeptos com o balanço da maré que hoje carrega a sociedade brasileira. Novamente presente a evolução dos valores sociais.

Como a legislação brasileira jamais aceitara ou positivara leis com termos que remetessem à homoafetividade, as uniões de pessoas do mesmo sexo passaram, inicialmente, pelo mesmo processo jurídico que as uniões heteroafetivas passaram antes do reconhecimento legal: eram conhecidas como sociedades de fato. Contratos, tal qual os de casamento, não nomeados como este, mas que serviam para a mesma finalidade, de acordo entre as partes.

A partir desse raciocínio a análise de caso da ADPF 132, julgada em conjunto com a ADI 4277, que pleiteava, em síntese, a igualdade de tratamento entre uniões homoafetivas e heteroafetivas. O caso ocorrera no Rio de Janeiro, em 2011 e tivera como requerente o Governador do Estado. Em favor da equiparação aparecem, segundo dados fornecidos pelo Acórdão os seguintes Estados: Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná; contrários: Distrito Federal e Santa Catarina. Em paralelo às manifestações dos Tribunais, a manifestação da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, que posicionara-se demonstrando possibilidade de averbação de companheiro do mesmo sexo, no rol de dependentes para fins previdenciários; a Advocacia Geral da União posicionou-se contrária até o julgamento da presente ADPF.¹¹⁸ O que se buscara com o julgado, sobretudo, fora a interpretação conforme à Constituição da República, ao artigo 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.¹¹⁹

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

¹¹⁹ BRASIL, loc. cit.

Ainda que não haja uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar, independentemente do sexo a que pertençam. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos.¹²⁰

Curioso pensar que ao passar um pente fino no cotidiano encontraríamos diversos desses casos. Trata-se de evidente ferimento à Constituição, aqui, leia-se à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. É possível, inclusive, estender uma ponte com o título anterior, com como as pessoas agem e reagem às mudanças à sua volta e, além disso, como elas as provocam. Porque elas são agentes provocadores de mudanças. O caso em voga veio à tona pelo mesmo motivo levantado pelo título anterior, a sujeição das minorias.

O relatório do julgado em questão, em dado momento, aponta:

(...) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de reconhecimento estatal do igual valor e respeito à identidade da pessoa homossexual.¹²¹

Ora, o raciocínio, bastante lógico, nos conduz ao já tão conhecido pelos acadêmicos de Direito, conceito de igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto de que deve importar com quem o sujeito decide constituir família? Mesmo a exemplo dos casos de aborto, ainda que se mostre as sagradas escrituras, desde que o mundo é mundo, o homem é guia de suas próprias vontades e, se preciso for, as tornará lei. Prevalecerão, por fim. É do que trata o trecho que segue, descrito pelo Ministro Relator Ayres Britto:

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso social que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão sexual da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que,

¹²⁰ DIAS, 2017. p. 287.

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.¹²²

O Ministro traz ainda trecho da obra de Maria Berenice Dias, relatando surgimento do termo homoafetividade:

Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chama-se “homossexualismo”. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais (Homoafetividade: um novo substantivo)¹²³

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski é taxativo ao demonstrar que não fosse o presente julgado as uniões homoafetivas não seriam, de fato, reconhecidas, vez que mesmo citada união estável no artigo 1.723 do Código Civil – que praticamente repete o texto do art. 226, § 3º, da Constituição da República – como equiparada ao casamento, jamais mencionaram sujeitos que não apenas o homem e a mulher como partes da relação conjugal. Eis aqui o motivo da introdução inicial, especialmente sobre o poder constituinte reformador. Lewandowski relata que a Assembleia Constituinte tivera o debate e a possibilidade de abarcar o tema e inseri-lo como matéria constitucional. Do contrário, não o fez. O caso ocorrera quando da discussão sobre a inserção do termo e definição de união estável no texto constitucional.¹²⁴ Quando trata, em seu manual de Direito de Família, das vias judiciais, Maria Berenice Dias¹²⁵ relembra o artigo 140, CPC, quando não se exime o juiz de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico.

Sob esse molde que se fala em inconstitucionalidade superveniente por omissão. Ora, a inconstitucionalidade existe, vez que reconhecido desrespeito aos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana, por parte do constituinte, vez que quando oportunizado optara por não fazer a adequação textual. Neste sentido, exatamente aqui faz-se pertinente colocação trazida pela citação que segue:

¹²² BRASIL, loc. cit.

¹²³ BRASIL, loc. cit.

¹²⁴ BRASIL, loc. cit.

¹²⁵ DIAS, 2017. p. 288.

O poder constituinte derivado reformador, que deveria ser usado com o fim de adaptar a Constituição aos novos preceitos sociais, acabou sendo negligenciado pelo Congresso Nacional que, como visto, manteve-se inerte. Suprindo tal inércia e concretizando princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o STF atuou como concretizador da Constituição. Conforme explicou Cristóvão, “o Poder Judiciário se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos para pleitearem a implementação de ações governamentais voltadas à efetivação dos direitos”.¹²⁶

Superveniente porque passado esse episódio outrora oportuno, entra em cena o Supremo Tribunal Federal, a exemplo desta ADPF, a fim de suprir a lacuna legislativa, afinal, ainda que exista a separação de poderes de Montesquieu, valem-se os juízes de instrumentos outros:

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretativo*.¹²⁷

A omissão, nesse caso, é mera consequência do fato, aqui, a inconstitucionalidade. O constituinte, que mesmo tomando conhecimento do vácuo na lei fora omissor, deixando para a Suprema Corte a tarefa, ainda que provisória, de suprir a lacuna. Lewandowski expõe a pretensão da Corte:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.¹²⁸

O que reconheceu o Supremo neste caso não foi a união estável, quiçá o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas a união estável homoafetiva, como

¹²⁶ ANDRADE, Luiz Gustavo de, BORBA, Dalton José. O conflito entre legislativo e judiciário nos 25 anos da Constituição de 1988. **25 anos da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2013, ps. 416-417.

¹²⁷ BRASIL, loc. cit.

¹²⁸ BRASIL, loc. cit.

uma nova forma de entidade familiar, tal qual o é o próprio casamento, a união estável e a família monoparental. Trata-se da ratificação da noção apresentada acerca do poder constituinte derivado reformador, neste caso exercido pela Suprema Corte brasileira. É exatamente aqui que o presente trabalho encontra o auge e apresenta como a pressão exercida pelo corpo social é capaz de provocar a atividade estatal em âmbito necessariamente judicial. O processo em questão fora feito de forma analógica àquilo que a lei já contempla. Segundo Maria Berenice Dias, o que traz a Constituição “Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade e ostensividade”.¹²⁹ E ainda que “Não se pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos, por terem origem em um vínculo afetivo.”¹³⁰

O que se pedia, à época, não era equiparação ao casamento, mesmo porque isso envolveria imensa bagagem e discussão essencialmente moral e religiosa. Casamento sempre fora instituição intocável, principalmente por conta da íntima relação com a igreja católica. Talvez isso, somado ao grande movimento da sociedade tenha feito com que sua prática caísse, ainda que aos poucos, em desuso, afastado por óbvio, qualquer juízo de valor a respeito. A grande questão sempre foi a união em si e todos os demais reconhecimentos jurídicos que dela advém.

4.3. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DO ABORTO?

Neste tópico serão analisados casos concretos, debatidos em vias judiciais. De início há que se recordar brevemente que, de acordo com o diploma legal, os artigos 124, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro trazem as taxativas permissões ao abortamento. A exceção desses dispositivos surgira com a ADPF 54 que trata, enfim, da interrupção gestacional de fetos anencéfalos.

Ora, e que solução se dava aos casos de igual diagnóstico anteriores à ADPF, vez que, muito embora o processo tenha iniciado em 2004, somente fora

¹²⁹ DIAS, 2017. p. 286.

¹³⁰ Ibid., p. 288.

definitivamente julgado em 2012? No *habeas corpus* 005182-45.2012.8.19.0000, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no início de 2012, entendera a Corte que não existia amparo legal para o pedido sustentado. A diferença entre esta decisão e àquela proferida no acórdão da ADPF é separada por dias:

(...) Defensor Público Nisomaro de Souza Rodrigues, em favor de Jaqueline Alves de Lima, sustentando, em resumo, que a paciente está sendo submetida a constrangimento ilegal por parte do juízo impetrado – 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias – que, ao apreciar pedido de autorização de interrupção de gravidez em decorrência de anencefalia, devidamente instruído com laudos médicos atestando a malformação incompatível com a vida extrauterina, entendeu por julgar extinto o processo, por ausência de amparo legal à pretensão da paciente.¹³¹

Utilizando como parâmetro o dito lapso temporal de dias, o que dizer a respeito de casos ainda anteriores? O texto do mesmo *habeas corpus* desenha parte do trâmite que sucedia:

Após analisar julgados oriundos de diferentes Tribunais de Justiça do país, colhidos por amostragem, verifica-se que os pleitos têm sido veiculados através dos mais diversos meios. Em primeiro instância, ajuizavam-se alvarás judiciais tanto nos juízos cíveis como nos juízos criminais e, contra as decisões que lhes negam a autorização pretendida, insurgem-se os requerentes interpondo recursos ou ajuizando ações constitucionais - ora apelações cíveis, ora criminais, ora mandados de segurança, ora *habeas corpus* criminais.¹³²

Pouco adiante o mesmo julgado menciona o movimento oposto. Nesse ponto o argumento é de que contrariando as expectativas biológicas alguns desses fetos – diagnosticamente anencéfalos – sobrevivem horas e até dias após o parto.¹³³ Aqui reside a argumentação daqueles que buscavam acesso à justiça em prol dos fetos.

O caso de maior repercussão foi o da menina Marcela de Jesus, que chegou a sobreviver por um ano e oito meses. Contudo, após a análise dos exames, concluiu-se que Marcela não era portadora de anencefalia clássica, porque possuía o mesencéfalo – o que explica a sua sobrevivência um

¹³¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Segunda Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 005182-45.2012.8.19.0000, Relator Desembargador José Muiños Piñeiro Filho, DJE de 02-04-2012.

¹³² BRASIL, loc. cit.

¹³³ BRASIL, loc. cit.

pouco maior, apesar das inúmeras privações que experimentou (não enxergava, não andava, não interagía, não falava, não deglutia, respirava com dificuldade).¹³⁴

Noutro exemplo, o *habeas corpus* n. 32.159,¹³⁵ julgado em fevereiro de 2004, fora impetrado em favor do nascituro. A gestante, à época assistida pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro apresentara, pertinentemente, todos os laudos médicos comprobatórios acerca da anencefalia fetal. Em primeira instância o pedido fora indeferido sob argumento de falta de amparo legal, visto que tal respaldo podia ser encontrado somente no Código Penal; em seguida, apresentado recurso no Tribunal estadual, fora concedida liminar com permissão para realização do abortamento. A Ministra Relatora dá sentido à sua fundamentação com a lacuna legal para o caso em evidência:

Com efeito, o Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta nos autos originários é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo Legislador. Deve-se deixar a discussão acerca da correção ou incorreção das normas que devem vigor no país para o foro adequado para debate e deliberação sobre o tema, qual seja, o Parlamento.¹³⁶

Datado do mesmo ano, o *habeas corpus* n. 84.025,¹³⁷ chegara à Corte Suprema. Impetrado pela gestante, contra decisão que cassara permissiva inicial para o procedimento de aborto. No julgamento em concreto fora deferido o pedido da gestante. O *habeas corpus* costumava ser utilizado em casos como este não apenas pelo constrangimento ilegal, mas por entender-se privada a liberdade da gestante (aqui, leia-se, quanto à escolha). A esse respeito, diz o Ministro Relator, Joaquim Barbosa:

¹³⁴ BRASIL, loc. cit.

¹³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 32.159/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJE de 22-03-2004.

¹³⁶ BRASIL, loc. cit.

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJE de 25-06-2004.

Toda a discussão levada a efeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça diz respeito aos direitos do nascituro, sem qualquer alusão aos direitos da gestante, como se esses direitos, constitucionalmente protegidos, não estivesse intimamente entrelaçados, ou seja, como se a proteção ao nascituro tivesse o condão de excluir completamente a proteção aos direitos da gestante.¹³⁸

Como regra geral, casos anteriores à ADPF 54, nos quais no feto era identificada anencefalia, à gestante alegava-se risco de morte e à saúde, física e mental. Quanto ao feto, além da indisposição da vida, tratava-se do desemparo legal para a matéria. A respeito dos pais e do dever do Judiciário, segue o Ministro Relator:

Desesperados, os pais vêm as portas do judiciário buscar uma solução legal par o sofrimento que sobre eles se abateu. Buscam a legalidade, o que demonstra nobreza de sentimentos e obediência à ordem jurídica vigente. Nada de agir às margens da lei, porque nada têm a esconder: tornam público o drama que sobre eles se abateu e clamam por uma solução que ponha fim ao sofrimento e à angústia.¹³⁹

E deveria o Judiciário, especialmente a Suprema Corte, agir de forma diversa? Para além destes, na jurisprudência encontram-se decisões semelhantes quanto à impossibilidade de vida extrauterina do feto, que divergem da anencefalia. Exemplo apresentado no *habeas corpus* n. 56.572, julgado em 2006 pelo STJ, que descreve grave deformidade e comprometimento, num quadro de “rins multicísticos e encefalocele”,¹⁴⁰ cuja identificação se dera durante os exames pré-natais. Neste caso a justificativa para o uso do remédio legal fora o “inequívoco constrangimento ilegal”.¹⁴¹ Constrangimento ilegal, aqui, com relação aos 50 (cinquenta) dias em que os autos estiveram parados em Cartório.

No Rio de Janeiro, caso ainda mais recente, o *habeas corpus* n. 325.460 fora julgado em 2015. Tratara de caso de gêmeos siameses, portadores de rara doença, além do risco à vida da mãe. O *habeas corpus* em questão fora impetrado em favor dos gêmeos:

¹³⁸ BRASIL, loc. cit.

¹³⁹ BRASIL, loc. cit.

¹⁴⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 56.572/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJE de 15-05-2006.

¹⁴¹ BRASIL, loc. cit.

Diante dos documentos que instruem a inicial, entre os quais se destacam exames e laudo médico da FIOCRUZ, aliados ao laudo pericial atestado pela médica designada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conclui-se, com base em opinião estritamente científica, que os gêmeos siameses são portadores de uma anomalia insuperável, que não os permitirá sobre- viver após o parto, independentemente de qualquer intervenção médica. Da análise probatória decorre, outrossim, os graves riscos que envolvem a gestação, como polidramnia, hipertensão, complicações relacio- nadas ao procedimento de parto e a possibilidade de a paciente se tornar estéril para o resto de sua vida. Na hipótese dos autos, os fetos em questão foram classificados como toracoabdominopófagos, espécime das mais raras e graves da gemelaridade imperfeita, cuja sobrevivência após o parto, repita-se, não se revela possível, segundo a opinião médica.¹⁴²

Não há como negar a similitude com o que julgara a ADPF 54, no que tange à impossibilidade, de fato, da sobrevivida pós-parto, nem tampouco afastar a obviedade no risco apresentado à saúde da gestante, cabendo, inclusive, mera subsunção do artigo 128, I, do Código Penal Brasileiro. O presente julgado conta com parecer do Departamento de Genética Médica – Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira, ratificando a justificada interrupção sob justificativa dos parâmetros já mencionados: impossibilidade de sobrevivida e risco à vida e saúde da gestante.¹⁴³ Indeferido o pedido liminar e mantida a decisão que concedera a permissão para realização do procedimento de aborto.

Por fim o que muito se repetiu em julgados dessa natureza, durante o período referido, fora a extinção por objeto prejudicado, já que gestações não são suspensas ou interrompidas como prazos processuais e os partos, mais ou menos tempo e independente de decisões judiciais, acabam por acontecer. O que não se pode afastar, sobretudo, é a idade da legislação penal vigente e sua urgente necessidade de reforma. Não há, hoje, por óbvio, como prever todas as possibilidades cotidianas em regramentos legais. Se tal impossibilidade existe no agora, que dirá há quase oito décadas.

¹⁴² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 325.460/RJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, DJE de 03-06-2015.

¹⁴³ BRASIL, loc. cit.

4.4. EVOLUÇÃO DOS VALORES SOCIAIS E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O fechamento da presente pesquisa será dado, portanto, pelo movimento do corpo social *versus* a positivação em lei. Possivelmente os melhores medidores sejam julgados de interferência direta – outrora mencionados – de eficácia *erga omnes* e com passagem pela Suprema Corte brasileira. A esse respeito, traz o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto na ADPF 132:

Inicialmente, gostaria de ressaltar que estamos diante de uma situação que demonstra claramente o descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito. Visivelmente nos confrontamos aqui com uma situação em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas e estruturais mudanças sociais, não apenas entre nós brasileiros, mas em escala global. É precisamente nessas situações que se agiganta o papel das Cortes constitucionais, segundo o conhecido jurista e pensador israelense Aaron Barak. Para Barak, as Cortes Supremas e Constitucionais devem fazer a ponte entre o mundo do Direito e a Sociedade, isto é, cumpre-lhes fazer o que ele mesmo qualifica como **BRIDGING THE GAP BETWEEN LAW AND SOCIETY**.¹⁴⁴

E segue o Ministro:

Ao falar de descompasso, não me refiro, por óbvio, à própria existência das uniões e parcerias homoafetivas, que, como já ressaltado por diversos especialistas, existem desde sempre. Falo da progressiva abertura da sociedade, não sem dificuldade, em reconhecer, respeitar e aceitar os indivíduos que possuem orientação sexual homoafetiva e decidem viver publicamente as relações com seus companheiros ou companheiras. Relações estas que em nada diferem das relações afetivas heterossexuais, a não ser pelo fato de serem compostas por pessoas do mesmo sexo. Essa realidade social é incontestável.¹⁴⁵

Ora, parte-se então à análise da sentença final da citação última: essa realidade social é incontestável. Muito embora homossexuais, travestis, transgêneros, (...) sejam diária e covardemente agredidos em todo o país, refere-se

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

¹⁴⁵ BRASIL, loc. cit.

o Ministro à maciça mudança do corpo social em sentido protetivo. E por que não falar em compaixão? Afinal, uniões entre pessoas do mesmo sexo existem desde que o mundo é mundo. Como segue: “(...) o que varia e tem variado é o olhar que cada sociedade lança sobre elas em cada momento da evolução civilizatória e em cada parte do mundo.”¹⁴⁶ Por óbvio que não se pode comparar o nível de aceitação em países como os Estados Unidos, ou até mesmo o Brasil, após julgamento da ADPF 132, com países do Oriente Médio que ainda hoje guerreiam por motivos religiosos. A grande questão é que a mudança aconteceu. Acontece diariamente.

O julgado das uniões homoafetivas fora trazido à presente pesquisa como caso concreto de alteração de valor social. Pois bem, se bem pensar as ADPFs têm íntima ligação: a vida. Vida como direito *per se*, vida liberdade e como aquela que dá razão a todos os demais direitos. Tudo se inicia, existe e coexiste em função dela.

A ADPF 54 trata de anomalia fetal grave, que uma vez diagnosticada condena aquela vida à morte, seja ela natural ou por intermédio de ordem judicial. Ainda que não fosse sua intenção precípua abrir precedente para inúmeros outros questionamentos, no sentido de que pode, hoje, a medicina, identificar com ligeira facilidade doenças outras que impossibilitem a vida humana após o parto. Aqui podem ser enumerados incontáveis casos de malformação em órgãos vitais à manutenção da vida da criança.

O Supremo Tribunal Federal agira com a força do ativismo judicial que lhe é conferido para suprimir a lacuna legal e fornecedor respaldo àqueles que baterem à sua porta. Utilizou-se, nada mais, da prática de interpretação da Constituição, que de acordo com Joaquim Barbosa:

Aí, sim, estará esta Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas majorias estabelecidas. Nessa linha de pensamento, é imperioso notar, de início, que não há, no texto constitucional, qualquer alusão ou mesmo proibição ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas não podemos esquecer, por outro lado, que a própria Constituição estabelece que o rol de direitos fundamentais não se esgota naqueles expressamente por ela elencados. Isto é, outros direitos podem emergir a partir do regime e dos princípios que ela própria, Constituição, adotou, ou dos tratados internacionais firmados pelo Brasil.¹⁴⁷

¹⁴⁶ BRASIL, loc. cit.

¹⁴⁷ BRASIL, loc. cit.

Por óbvio não tivera como prever, o legislador originário, todas as hipóteses permissivas de abortamento. O mesmo vale para toda e qualquer matéria, não somente penal que, eventualmente não esteja em código tipificada, porque àquela época também não se previa. Por outro lado, eventuais carências devem ser suprimidas, independentemente de quais sejam. É dever do legislador, é dever do judiciário, é dever, sobretudo, do Estado. Nos casos em questão, destaque à figura do magistrado:

É certo que o trabalho do jurista, mormente o do Magistrado, não deve ficar engessado nas letras frias da Lei. Espera-se mesmo que o Juiz não seja um mero expectador das mudanças da vida cotidiana, mas, sim, um efetivo membro da sociedade, apto a exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, sempre buscando uma exegese consentânea com a realidade em que vive. Não se pode olvidar, entretanto, que há de se erigir limites. E estes hão de ser encontrados na própria Lei, sob pena de se abrir espaço à odiosa arbitrariedade.¹⁴⁸

Nos dois aludidos casos o condão do STF fora necessário para que o cidadão – povo, destinatário único e final de qualquer benefício do Estado – obtivesse amparo legal e proteção. Pois bem, e qual o limite para tal ativismo judicial? Seria a arbitrariedade mencionada na citação? É sabido que o magistrado, nem tampouco o judiciário como órgão estatal pode recusar-se à prestação jurisdicional, ainda que para tanto não encontre, de imediato, amparo legal. Exatamente com o que deparamo-nos nos casos das ADPFs citadas nesta pesquisa. A grande questão cerca aquilo que eventualmente resta como ponta solta. Utilizemos, a partir daqui, o caso do aborto.

E se, com o julgamento da ADPF 54, abrirem-se precedentes ou até mesmo fortes indícios sociais de que o aborto, genericamente falando, deve ser legalizado? Não se fala em saúde da gestante ou na impossibilidade de sobrevivência do feto. Falemos em mera escolha e no aborto praticado como palavras soltas ao vento. Aquele consumado por deliberação da gestante, da mãe e, por que não? De terceiros.

Como judicializar tal questão sem coisificar a vida humana? Mais fácil parece introduzir um objetor de consciência no convívio dessas mulheres, que as façam mudar de ideia. Talvez. Ainda que se fale nos direitos da mulher, também

¹⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 32.159/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJE de 22-03-2004.

constitucionais, prevaleceria, sempre, o martelo por ela batido. Aqui, a palavra final não seria mais do juiz togado.

As opiniões das pessoas acerca dessa matéria costumam ser bastante firmes, sejam elas favoráveis ou contrárias. Difícil encontrar alguém neutro ou que não emita juízo de valor a respeito.

Dworkin traz análise sobre aquilo que chama sagrado:

(...) as diferentes opiniões que temos sobre quando e por que o aborto é moralmente condenável, e sobre o modo como o direito deveria regulamentá-lo, decorrem todas de alguma convicção fundamental que remete à questão de se o feto é ou não uma pessoa com direitos e interesses próprios e, nesse caso, em que medida estes devem ter precedência sobre os direitos e interesses de uma mulher grávida. Porém, quando examinamos de perto os tipos de convicções que a maioria das pessoas tem, constatamos que não podemos explicá-las simplesmente tentando descobrir seus pontos de vista sobre o feto ser ou não uma pessoa. Nossas convicções refletem outra ideia que também defendemos, cuja forma gravitacional explica melhor a forma de nossas crenças e divergências.¹⁴⁹

Essas ideias não se reduzem às leis, como também não se reduzem, somente, à cultura. Trata-se de uma grande construção valorativa do ser. Muito embora se fale em crenças, a preocupação paira sobre a possibilidade da situação fugir do controle. Seria saída para o Estado permitir deliberada e reiterada prática abortiva, independentemente do motivo que a fundamente? Para além disso, supondo que permitido fosse, o Estado teria de dar conta de todo o público de mulheres gestantes que batessem às portas do SUS com requerimento para abortamento.

A Constituição protege, sobretudo, a vida. Ela em todos os seus desdobramentos. Os casos aqui elencados não tratam, necessariamente, de falhas, mas de atrasos legislativos supridos de formas diversas daquelas já previstas em lei. Por ora, mesmo com a latente evolução de valores, vale o que está positivado. O que previu o legislador de 1940 foram as causas recorrentes à época. A esse respeito:

É de conhecimento corrente que, nas décadas de 30 e 40, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente a

¹⁴⁹ DWORKIN, 2009, pp. 95-96.

anomalia fetal incompatível com a vida extrauterina[70]. A literalidade do Código Penal de 1940 certamente está em harmonia com o nível de diagnósticos médicos existentes à época, o que explica a ausência de dispositivo que preveja expressamente a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencefálico.¹⁵⁰

A evolução é tamanha, que pode ser vista mundialmente, vide trecho de nota emitida pela ONU, que figura no corpo da ADPF 54:

Esse foi o entendimento endossado pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas[97]. Em decisão histórica, proferida em novembro de 2005, no “Caso K.L. contra Peru”, o Comitê assentou equiparar-se à tortura obrigar uma mulher a levar adiante a gestação de um feto anencéfalo.¹⁵¹

Logicamente a impulsão social conduzirá, mais dia, menos dia, à normativa da lei. A partir desse raciocínio, correto seria que o novo Código Penal – Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012 – reunisse todas as possibilidades atuais, taxativamente, no artigo 128. Nesses casos estariam abrangidas as hipóteses de aborto necessário por patologia que, devido à gravidade, de fato comprometa a vida da gestante e/ou do feto, diferentemente de qualquer eventual possibilidade de legalização. Para essa última a discussão seria outra, noutra momento.

¹⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 12-04-2012.

¹⁵¹ BRASIL, loc. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a vida é chamado fundamental, recebendo valoração em âmbito nacional e internacional. No primeiro deles, fundamental, encontra tratamento na Constituição da República; noutro é também chamado de direitos humanos e seu regramento será encontrado, preponderantemente, em tratados internacionais, ambos devidamente positivados.

Remontada origem contratualista, dadas as Teorias do Estado, entregam os indivíduos poderes ao ente estatal, que deixa de ser submetido somente à figura do soberano sob os mandamentos de Deus e da Igreja Católica.

Impossível é falar em direitos fundamentais sem falar nas dimensões – três – de direitos. À primeira delas fica a encargo do Estado liberal-burguês, remetendo a todos os ideais franceses de liberdade, igualdade de fraternidade. Nesse primeiro momento a liberalidade de governo permitia a livre pactuação entre os indivíduos; à segunda dimensão, por sua vez, mostra, ainda que leves, traços de preocupação com a coletividade; a terceira delas trata do interesse individual num espaço coletivo. Ora, trata-se de clara linha do tempo.

Quanto ao direito a vida em si, a fala tange o tratamento dado pela legislação brasileira. Primeiramente, são inseparáveis vida e dignidade da pessoa humana. Não há que se falar em uma, sem que a outra venha logo em seguida. Em sede nacional, a discussão maior encontra-se no momento em que a vida tem início: Para o Código Civil tem-se vida desde a concepção, ou seja, protege-se o nascituro; a Constituição de 1988, por sua vez, defende a vida como aquela iniciada superado nascimento. Nesse último caso é necessário ultrapassar ou sobressair o ventre materno e respirar, ainda que uma única vez; figura também no livro penal, este utilizado sempre pela chamada *ultima ratio*, trata, essencialmente, dos crimes praticados contra a vida.

Passando às exposições de julgados, primeiramente comentários acerca da ADI 3.510/STF, que examinara a inconstitucionalidade da Lei n. 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, especialmente o conteúdo de seu artigo 5º. O caso contara, inclusive, com realização de audiência pública, com profissionais da área de saúde, religiosos, professores, entre outros. Em foco a pesquisa com células-tronco embrionárias. Embora a lei seja taxativa ao mencionar embriões

inviáveis, a corrente contrária à utilização do material enxerga ali, uma potencial vida. Recorda-se que para a Constituição vida é a aquela formada somente após o nascimento, afastado aqui o entendimento da norma infraconstitucional.

Muito se questionara, neste caso, a respeito de suposta prática de eugenia. Em resposta fora dito que o objetivo único e central é a manutenção da vida digna e sob as melhores condições possíveis, cabendo aqui todo tipo de mapeamento genético e prevenção de patologias diversas, isso devido a potencialidade contida nesse tipo de material humano.

No caso seguinte foram analisados os desdobramentos obtidos a partir do julgamento da ADPF 54, cuja matéria tratara do aborto de fetos anencéfalos. O processo tivera início em 2004, sendo definitivamente julgado somente em 2012. Durante o período, medida cautelar chegara a ser concedida, autorizando o procedimento abortivo e caçada logo em seguida.

Inicialmente todas as ações que chegavam ao judiciário eram indeferidas por falta de amparo legal. Por óbvio. Diversos *habeas corpus* alegando restrição à liberdade da gestante no que conferia à sua escolha, sobre prosseguir ou não com a gravidez, chegaram ao Poder Judiciário. Acontece que o caso em voga refere-se à situação jamais prevista pelo legislador do Código de 1940. Pudera. A medicina não contava com as técnicas e equipamentos de hoje, tanto quanto os de hoje logo serão igualmente obsoletos.

Casos e mais casos iguais chegaram aos Tribunais, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Parte deles em defesa da gestante, outra parte em prol dos direitos do feto. Diversos deles acabaram por perder o objeto, vez que a gravidez, mais dia, menos dia chega ao fim.

Com o positivo posicionamento da Suprema Corte diante da ADPF 54, questionamentos outros receberam espaço em meio ao corpo social, como a legalização, *latu sensu*, do aborto. Não há como dizer que não acontecerá. Os dois lados que mantem a corda desse cabo de guerra – favorável e contrário – são bastante fortes e bem sabido é a influencia que a sociedade tem sobre aquilo que é positivado. Afinal, está ou não o legislador em seu posto, por determinação do povo?

No *habeas corpus* 124306/STF é mostrada completa incoerência de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, já que levava oito anos para decidir questão de tamanha urgência como a da interrupção da gestação de fetos anencéfalos e julgara, sob grosseira comparação, às pressas um caso de aborto até

o terceiro mês de gestação. Pode vir a ser esse um caso de precedente para fundamentação futura de legalização do aborto.

Como paralelo ao ativismo judicial praticado tanto na ADI 3.510, quanto na ADPF 54, traz a pesquisa a ADPF 132, julgada em 2011, tratando da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Atuara a Suprema Corte a fim de suprimir lacuna deixada pelo poder constituinte originário e omitida pelo legislador reformador em momento oportuno. O caso é providencialmente utilizado como ponte para que se estabeleça a atuação direta do judiciário em casos de grave omissão legislativa.

Este ativismo é invocado *pari passu* ao movimento do corpo social. Cabe, portanto, aos onze Ministros do STF equilibrar o peso posto na balança, em que pese mesmo sobre eles exista certo limite, lembrando que essas ações não podem chegar nem tampouco retornar ao autoritarismo vivido tempos atrás.

Mais dignas e acertadas são as decisões da Suprema Corte. O direito tem como bases noções principiológicas e costumeiras, logo, portanto é plenamente possível que tudo aquilo que em lei não positivar-se, se encontrará num costume ou num princípio fundamental para fomentar a argumentação.

Argumentação: palavra ordeira a todo universo jurídico, essencial à carreira de advogados, juízes, promotores, entre outros tantos. Com devido respeito à Escola Positivista, a mera subsunção do fato à norma praticamente não existe mais. O ativismo praticado pelo Poder Judiciário, como nos casos elencados, é saída pela tangente à norma inexistente, à inevitável lentidão da construção e reconstrução da norma jurídica. É forma de caminhar mais ligeiro. Assim, assume o judiciário a função de satisfazer aquilo que por ora não se acha em lei.

Quanto à valoração pessoal caso a caso, conclui-se serem absolutamente justas as decisões proferidas pela Suprema Corte nos julgados da ADI 3.510 e das ADPFs 54 e 132. O primeiro deles afasta qualquer possibilidade de eugenia, o que muito se levantara durante calor dos debates. O tratamento refere-se, necessariamente, aos embriões excedentes e, a tudo que deles se pode extrair de positivo, devido à potencialidade de sua carga genética. O que não se pode, por óbvio, é fechar os olhos para tamanho avanço médico-tecnológico, inclusive considerando descobertas que sequer chegaram a ser feitas neste campo.

Questão outra levantada fora o argumento de que o homem estaria brincando de Deus, tal qual durante toda discussão sobre clonagem humana. Fato é que todo esse desenrolar soma à humanidade, soma à vida e isso não deve ser objeto de

rejeito. Que não se afaste a ética e a moralidade, mas, que por bem comum, também não se torne afastável certo benefício por mero desconhecimento de causa.

Sob a mesma ótica a discussão trazida pela ADPF 54, que tem por objeto doença de considerável incidência sobre a população, hoje, felizmente, com possibilidade de diagnóstico precoce. O fato do caso ter chegado ao Judiciário somente em 2004 não quer dizer que a doença, antes disso, não existia. Ora, muito pelo contrário. O que inexistia era a possibilidade de identificação desta antes que a gestação fosse levada a termo e o parto finalmente ocorresse.

O julgamento da ADPF 54 permitiu que se abrissem discussões a respeito de diversas outras patologias e impossibilidades da vida pós parto. Chegaram ao Judiciário, inclusive, pedidos de interrupção gestacional por conta de tratamentos aos quais a mãe se submeteria, que colocariam, por sua vez, a vida do feto em risco.

Que permaneça transparente o valor que este trabalho atribui à vida como objeto fundamental do direito. Não é descartável desde que à ela sejam, em algum momento, atribuídas características vitais, como pregam os preceitos da Constituição da República. Defendo o aborto nos casos ora previstos em lei, recentemente abarcados pela ADPF 54, bem como todos os que futuramente apareçam respeitando igual natureza, qual seja, a de impossibilidade de sobrevivência. Finalmente, discorda-se em absoluto, do procedimento abortivo praticado por livre e mera deliberação da gestante. Defende-se veementemente o ativismo judicial praticado pela Suprema Corte Federal sempre que omissa for o Poder Legislativo, tanto quanto ativista foi em todos os casos apresentados na presente pesquisa. Esta é a uma das funções da separação dos poderes, que cada qual mantenha em equilíbrio os demais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo de, BORBA, Dalton José. O conflito entre legislativo e judiciário nos 25 anos da Constituição de 1988. **25 anos da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2013.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional I: Direito Constitucional e Constituição, Controle de Constitucionalidade, Teoria da Constituição, Ordem social**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERNARDI, Renato; REIS, Junio Barreto dos. **A doutrina do wrongful life e o reconhecimento dos danos morais do feto: um estudo de bioética**. Estudos Contemporâneos de bioética e biodireito. São Paulo, Editora: Letras Jurídicas, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL, Constituição (1988). Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 32.159/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJE de 22-03-2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 325.460/RJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, DJE de 03-06-2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 56.572/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJE de 15-05-2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 28 mai. 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 12-04-2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025-6/RJ, Relator Ministro Joaquim Barbosa, DJE de 25-06-2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE de 17-03-2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Segunda Câmara Criminal. Habeas Corpus n. 005182-45.2012.8.19.0000, Relator Desembargador José Muiños Piñeiro Filho, DJE de 02-04-2012.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.

BRASIL. **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 25. ed. São Paulo: Rideel, 2017.

CHIMENTI, Ricardo **Cunha. Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. **Estatísticas do aborto**. 05 mai. 2015. Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/76b56165-507e-405c-9b4a-1f202476302d>.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DALVI, Luciano. **Curso avançado de biodireito**. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Dicionário Médico. 2014. Disponível em: <https://www.xn--dicionariomdico-0gb6k.com/display.php?action=search&word=natimorto>.

Dicionário Médico. 2014. Disponível em: <https://www.xn--dicionariomdico-0gb6k.com/t%C3%A1lamo.html>.

Dicionário Aurélio Online. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/dignidade>.

Dicionário Aurélio Online. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/eugenia>.

Dicionário Aurélio Online. Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com/ontologia>.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FERREIRA, Lier Pires (Org.), GUANABARA, Ricardo (Org.), JORGE, Vladimyr Lombardo (Org.). **Curso de Ciência Política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **A fundação da norma para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto Anencefálico: Direito não é Religião**. Revista Migalhas. São Paulo, volume 17, n. 102, Fev-Mar/2009.

GUSTAVO, N. Marta; JOSÉ, R. P. P. Job. **Aborto: uma questão de saúde pública**. Revista de Medicina. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto. Volume 41, n. 2, 2008.

HELENA, Maria. Microcefalia. **Doenças e sintomas**. 06 mar. 2018. Disponível em: <<https://drauziovarella.com.br/crianca-2/microcefalia/>>. Acesso em: 20 de out. 2017.

INSTITUTO FEDERAL RIO GRANDE DO SUL. Síndrome de Down. III Mostra IFTEC Ciência e Tecnologia. Rio Grande do Sul – Caxias do Sul, n. 3, 26 e 27 set. 2014.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. São Paulo: EDIPRO, 2003.

JUNIOR, José Eilaci Nogueira Diégenes. Gerações ou Dimensões dos direitos fundamentais? **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 31 mar. 2018. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>

LEITE, Marcelo. **“Fuga de células”**. Caderno Mais! Folha de S. Paulo, 20 ago. 2006.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural**. 6. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARQUES, Marília Bernardes. **O que é célula-tronco**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia cultural: Iniciação, Teoria e Temas**. 20. ed. Petrópolis, Vozes, 2015.

Ministério da Saúde, Microcefalia: 1.749 casos confirmados no Brasil. 27 jul. 2016. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/svs/24772-microcefalia-1-749-casos-confirmados-no-brasil>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **Audiência Pública na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF**: breves considerações. Brasília, outubro de 2007. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/137/108>>.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. **Aborto é crime, não houve descriminalização, por enquanto**. (Comentários sobre o HC 124.306/STF, Aborto no primeiro trimestre, e acerca da ADIn 8851, Aborto de feto microcefálico). São Paulo, volume 17, número 102, p. 213-222, Fev-Mar/2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**, 1945.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** – ONU, 1948.

PACHECO, Eliana Descovi. **O aborto anencefálico**: à luz do ordenamento jurídico atual. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 54, fev. - mar. 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Renata da. **O direito à vida e a pesquisa com células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTOS, dos; EHRlich. **O que é isto – Hermenêutica Constitucional?** São Paulo: Editora Boreal, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SENRA, Ricardo. **'Aborto já é livre no Brasil. Proibir é punir quem não tem dinheiro'**, diz Drauzio Varella. BBC Brasil, São Paulo. 02 fev. 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160201_drauzio_aborto_rs.

UMA HISTÓRIA Severina. Direção: Débora Diniz e Eliane Brum. Edição: Ramon Navarro. Pernambuco, Recife. Documentário. Brasil: Imagens Livres. 16 dez. 2010 (22 min.).

VARELLA, Drauzio. **Aborto Espontâneos**. 29 mar. 2017. Disponível em: <https://drauziovarella.com.br/entrevistas-2/abortos-espontaneos-2/>.
WEYNE, Bruno Cunha. **O Princípio da Dignidade Humana: a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.